Das beneficium separationis der Nachlaßgläubiger im römischen Recht und nach § 1981 II B.G.B.

Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer hohen juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander Universität zu Erlangen.

Vorgelegt von
Georg Härtl,
Referendar aus Edling.

Tag der Approbation: 6. Juni 1930.

1930
Wilhelm Wenng, Buchdruckerei und Verlag, Dinkelsbühl.

Diss. Erlangen
1930.
30:339

*22054

Referent:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsangabe:

I. Teil:
Das beneficium separationis im römischen Recht.

Seite

§ 1. Einleitung: Wesen und Bedeutung des Benefiziums 9
§ 2. Die Separationsberechtigten 12
§ 3. Die Voraussetzungen der Separation 18
§ 4. Das Verfahren 30
§ 5. Der Rechtszustand nach Erteilung des Benefiziums . . 31
§ 6. Das Verhältnis der nicht voll befriedigten Separatisten zum Erbenvermögen 34

II. Teil:
Das beneficium separationis nach § 1981/II B.G.B.

§ 7. Die Entwicklung bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch . . . 39
§ 8. Die Separationsberechtigten nach § 1981/II 42
§ 9. Das Verfahren 45
§ 10. Die Voraussetzungen der Separation nach § 1981/II . . 50
§ 11. Die Wirkungen der Nachlaßverwaltung auf den Nachlaß 59
§ 12. Die rechtliche Stellung des Erben nach Anordnung der Nachlaßverwaltung 67
§ 13. Sonstige Wirkungen der Nachlaßverwaltung 82
§ 14. Der Nachlaßverwalter 88
§ 15. Die Beendigung der Nachlaßverwaltung 96
§ 16. Verhältnis der nicht voll befriedigten Nachlaßgläubiger zum Erbenvermögen 99
§ 17. Der Zusammenhang der römischen und deutschen Rechtsgedanken in der Separation 101

Verzeichnis der benützten Literatur:

I. Zum ersten Teil:

1. Oertmann in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, Bd. 17, Seite 256 ff.
2. Oertmann in Iherings Jahrbuch 1895, Seite 82 ff.
3. Hofmann in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 8, Seite 555 ff.
4. Pernice in der kritischen Vierteljahresschrift, Bd. 9, Seite 90 ff.
5. Hodermann „Das beneficium separationis der Nachlaßgläubiger und Legatare", Freiburg 1889.
6. Bertheau „Die separatio bonorum", Göttingen 1891.
7. Graumann „Die Haftung des Nichtbeneficialerben gegenüber den separierenden Erbschaftsgläubigern", Erlangen 1896.
8. Euler „Die Lehre vom beneficium separationis", Erlangen 1890.
9. Arndts Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl., 1868.
10. Arndts in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 4.
11. Baron, Pandekten, 8. Aufl. 1893.
12. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 1888.
13. Dabelow, „Systematische Erläuterung vom Konkurse der Gläubiger".
14. Dernburg, System des römischen Rechts, 8. Aufl., 1910.
15. Heimbach in Weiskes Rechtslexikon, Bd. I.
16. Keller, Pandekten, 1866.
17. Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum, Halle 1823—1825.
18. Puchta, Pandekten, 12. Auflage, 1876.
19. Mevius, decisiones summi regii tribunalis Wismarensis, 1653.
20. Jaeger, Voraussetzungen des Nachlaßkonkurses, 1893.
21. Carpzow, Iurisprudentia forensis Romano — Saxonica 1638.
22. Westenberg, Principia secundum ordinem Digestorum, Berlin 1814.
23. Köppen, System des römischen Erbrechts.
24. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Würzburg 1860—1871.
25. Sintenis, Praktisches gemeines Zivilrecht, 3. Aufl., 1869.
26. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840—1849.
27. Tewes, System des Erbrechts nach römischem Recht, Leipzig, 1864.
28. Bering, Römisches Erbrecht, Heidelberg 1861.
29. Ubbelohde im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 61.
30. Wendt, Lehrbuch der Pandekten, 1888.

31. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.
32. Czyhlarz-San Nicolo, Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechts, 18. Aufl., 1924.
33. Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger.
33a. Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung.

II. Zum zweiten Teil:

34. Roth, Bayerisches Zivilrecht.
35. Dernburg, „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens", 3. Aufl., 1911.
36. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1928.
37. Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1927.
38. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., 1908.
39. Kommentar der Reichsgerichtsräte, 6. Aufl.
40. Achilles-Greif, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1927.
41. Schlegelberger, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
42. Frommhold-Leonhard, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1912.
43. Bleyer, Kommentar zur Konkursordnung.
44. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl.
45. Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 13. Aufl.
46. Jaenke, Die Nachlaßverwaltung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Rostock, 1898.
47. Scheye, Die Nachlaßverwaltung, Erlangen 1901.
48. Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
49. Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.
50. Sammlung der Entscheidungen des Bayr. Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
52. Sammlung von Entscheidungen in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, herausgegeben vom Reichsjustizamt (R.J.A.).
53. Weißler, Das Deutsche Nachlaßverfahren, 2. Aufl., 1920.
54. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl.
55. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 25. bis 29. Aufl., 1926.
56. Binder, Erbrecht, in Kohlrausch — Kaskels Rechtsenzyklopädie, 2. Aufl., 1930.
57. Böhmer, Erbfolge und Erbenhaftung. 1927.
58. Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1924.
59. Wendt im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 86.

60. Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., 1904.
61. Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1901—1905.
62. Kretschmar, Das Erbrecht des deutschen Bürgerl. Gesetzbuches, 2. Aufl., 1913.
63. Liebe, Stellung und Befugnisse des Nachlaßverwalters, Sächsisches Archiv, Bd. 11.
64. Wedermann in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1916.
65. Riesenfeld, Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1916.
66. Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung.
67. Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 43.
68. Protokolle und Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
69. Haberstumpf, Die Bayerische Nachlaßordnung, 2. Aufl., 1906.
70. Singer, Die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten nach dem B.G.B. in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 64.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550003_0049

1. Teil:

Das beneficium separationis der Nachlaßgläubiger im römischen Recht.

§ 1.

Einleitung:

Wesen und Bedeutung des Beneſiziums.

Das ältere römische Erbrecht wurde in seinem ganzen Aufbau von dem Grundsatze der Universalsukzession beherrscht, einem starren und strengen Prinzip, das ursprünglich bis zur letzten Konsequenz durchgeführt war, ohne Rücksicht darauf, ob es in seinen Ergebnissen der Billigkeit entsprach oder teilweise zu den größten Härten für den Erben und die creditores defuncti führte. Der Grundgedanke dieser Universalsukzession war der, daß der Erbe in allen Beziehungen an die Stelle des Erblassers trat und diesen besonders in vermögensrechtlicher Hinsicht als Inhaber der gesamten Erbschaft repräsentierte. Diese Verschmelzung der beiden Persönlichkeiten brachte naturgemäß mit sich, daß sich auch die beiden Vermögensmassen, die des Erben und die des Erblassers, mit allen ihren Aktiven und Passiven zu einer Einheit verbanden, deren Subjekt der Erbe war.

Gerade diese notwendig eintretende völlige Vermögensvereinigung konnte unter Umständen durch ihre wirtschaftlichen Folgen und durch ihre Einwirkung auf das praktische Leben äußerst bedenklich werden. Die Universalsukzession in ihrer reinen Form führte zwar ohne Zweifel dann zu einem befriedigenden Ergebnis, wenn sich Erblasser und Erbe in gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen befanden, wenn also auf keiner Seite übermäßige, den Wert des Aktivvermögens übersteigende Schulden vorhanden waren. Unter solchen Umständen lief der Erbe keine Gefahr, mit seinem eigenen Vermögen für ein Defizit des Nachlasses eintreten zu müssen, und auch die creditores

hereditarii brauchten wegen der Konkurrenz der Erbengläubiger nicht in Sorge zu sein; sie konnten sich zwar eines Zugriffs derselben auf den Nachlaß nicht erwehren, aber für die dadurch erlittene Einbuße konnten sie sich ja ihrerseits an das Privatvermögen des Erben halten. War dagegen der Nachlaß oder das Erbenvermögen überschuldet, so mußte es zu einer schweren Gefährdung der Beteiligten führen, wenn die beiden Vermögensmassen so voll und ganz in einander aufgingen, daß ein Unterschied nicht mehr erkenntlich war, und daß die Aktiven und Passiven des Erblassers und des Erben einander vollständig gleichgestellt waren. Der Erbe haftete dann nach den strengen Regeln des Zivilrechts mit seinem Vermögen für die Schulden des Erblassers, und die Nachlaßgläubiger mußten unter Umständen dulden, daß sie mit ihren Forderungen leer ausgingen, weil die Erbengläubiger schneller gewesen waren und sich aus dem Nachlaß befriedigt und diesen aufgebraucht hatten.

Die ungünstige Stellung des Erben war jedoch dadurch erheblich gemildert, daß ihm ein spatium deliberandi gegeben war, während dessen er die Möglichkeit hatte, sich über die Verhältnisse des Nachlasses zu orientieren und bei den ursprünglich wenig komplizierten wirtschaftlichen Verhältnissen der Römer konnte es ihm nicht schwer fallen, festzustellen, ob der Nachlaß überschuldet war und ob deshalb die Annahme der Erbschaft für ihn eine Gefahr bedeutete. Stellte er aber solche Nachforschungen nicht an und trat er unüberlegt in das Erbe ein, dann war es in erster Linie seine eigene Schuld, wenn er zu Schaden kam, und es bestand für den Gesetzgeber wenig Veranlassung, ihn trotzdem noch zu schützen. „Es war infolgedessen das beneficium inventarii, bei allem Respekt vor dieser vielgepriesenen Schöpfung Justinians, ein zwar noch sehr zweckmäßiges, aber doch nicht mehr so unbedingt notwendiges Rechtsinstitut.“[1])

Für die Nachlaßgläubiger dagegen gab es eine solche Ueberlegungsfrist nicht; sie wurden einfach vor die Tatsache gestellt, daß sie an Stelle ihres alten Schuldners einen neuen hatten, und daß nun plötzlich dessen Gläubiger die Sicherheit ihrer Forderungen bedrohten. Mit dem Fortschritt der römischen Wirtschaft, mit der Ausdehnung der römischen Handelsbeziehungen auf die ganze damals bekannte Welt und mit der dadurch verbundenen Ausgestaltung des Kreditwesens zeigten sich diese Mängel immer mehr. „Die Nachlaßgläubiger hatten doch dem Erblasser Kredit gegeben und nicht dem Erben, auf dessen Auswahl ihr Wille keinen Einfluß hatte. Der Charakter des Schuldners kam für die Gläubiger oft mehr in Betracht als sein Vermögen. Wenn ihnen der Tod nun den Schuldner entzog, so sollte ihnen doch sein Vermögen haften.

[1]) Oertmann a. a. O. Seite 258 ff.

Die persönliche Haftung des Erben war oft ein ganz ungenügender Ersatz für den aus der confusio bonorum entstandenen Schaden. — Das, worauf der Gläubiger beim Kreditgeben seine Hoffnungen gründete, sind die Persönlichkeit des Schuldners und seine Vermögensverhältnisse. Diese Basis des Kreditierens fiel weg, sobald der Schuldner starb. Der Gläubiger bekam jetzt einen neuen Schuldner im Erben, aber einen Schuldner, dessen Verhältnisse möglicherweise derart waren, daß die ganze bisherige Sicherheit in Frage gestellt wurde. Wenn der Gläubiger nun den Erben freiwillig als Schuldner annahm, so hatte es dabei sein Bewenden, und es war kein Grund zur Anordnung eines besonderen Schutzes vorhanden. Wenn der Gläubiger sich aber dazu nicht verstehen wollte, so konnte man ihm schon im Interesse des allgemeinen Kredites das Recht nicht versagen, sich an die Erbschaft zu halten, und das um so weniger, als doch das Vermögen des Erblassers dasjenige war, welches ihm zunächst verhaftet war. Es war mehr als billig, es war gerecht und eine Folgerung aus dem Wesen des Kredits, daß die Gläubiger des Verstorbenen jede Beziehung zum Erben ablehnen konnten, und daß sie sich an den Nachlaß als das einzige, was ihnen von ihrer Kreditbasis übrig geblieben war, halten durften."[1]) Aehnlich war die Lage bei den Vermächtnisnehmern. Auch sie waren beim Vorhandensein eines überschuldeten Erben der Gefahr ausgesetzt, aus dem Nachlasse nichts zu bekommen, obwohl sie doch weit mehr berechtigt waren, als irgend ein Erbengläubiger, der zu dem Verstorbenen in keinerlei Beziehung gestanden war.

Es wurde so einer dringenden Notwendigkeit abgeholfen, als der Prätor das beneficium separationis schuf und dadurch den Nachlaßgläubigern und Legataren die Möglichkeit gab, die Wirkung der Universalsukzession in tatsächlicher Hinsicht dadurch wieder aufzuheben, daß der Nachlaß vom übrigen Erbenvermögen getrennt und unter Ausschaltung aller persönlichen Erbengläubiger zu ihrer alleinigen Befriedigung zur Verfügung gestellt wurde. Diese Neueinführng des Prätors — es ist nicht überliefert, wem sie zu verdanken ist — bedeutete eine auffallende Durchbrechung der strengen zivilrechtlichen Regeln zugunsten des jus aequum, aber diese Durchbrechung schuf eine nicht zu unterschätzende Wohltat für das ganze Rechtsleben und trug ohne Zweifel viel zur Hebung des Kredit- und Geldverkehrs und damit auch zur Förderung des gesamten römischen Wirtschaftslebens bei.

[1]) Hofmann a. a. O. Seite 567.

§ 2.

Die Separationsberechtigten.

I. Die Nachlaßgläubiger.

Das beneficium separationis bestand also darin, daß bestimmte Personen die Trennung des Nachlasses vom Vermögen des Erben verlangen konnten. Dieses Recht stand zunächst den Gläubigern des Erblassers zu: „solet autem separatio permitti creditoribus“.[1]) Ohne Bedeutung war dabei die Natur ihrer Forderungen, es war gleichgültig, ob diese aus Vertrag oder aus Delikt entstanden waren, ob durch den Willen des Erblassers oder kraft Gesetzes. Voraussetzung war natürlich, daß es sich um rechtlich voll wirksame Forderungen handelte. Eine bloße Naturalobligation dürfte also nicht zur Herbeiführung der Separation geeignet gewesen sein. Dies folgt schon aus der Eigenart der Naturalobligation, welche darin besteht, daß zur Eintreibung der Forderung ein Rechtszwang nicht gegeben ist. Nun war aber ohne Zweifel die Separation ein gewisses Zwangsmittel, wenn nicht zur Beitreibung, so doch allermindestens zur Sicherung einer Forderung. Es hätte demnach der Eigenart und dem Wesen der Naturalobligation direkt widersprochen, wenn auf Grund einer solchen die Separation hätte erwirkt werden können.

Die Fälligkeit der Forderung wurde dagegen nicht vorausgesetzt. Selbst diejenigen Erbschaftsgläubiger, denen nur eine betagte oder bedingte Forderung zustand, waren separationsberechtigt: „Creditoribus, qui ex die vel sub condicione debentur et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, aeque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur.“[2]) Diese Bestimmung entsprach in jeder Hinsicht der Billigkeit. Denn gerade weil diese Forderungen oft erst nach langer Zeit geltend gemacht werden konnten, bedurften die Gläubiger eines besonderen Schutzes. Ihre Sicherheit war doch im Gegensatz zu den übrigen Gläubigern dadurch viel mehr gefährdet, daß sie erst die Zeit, bis ihr Anspruch fällig wurde, abwarten mußten und somit auch noch unter einer möglicherweise eintretenden künftigen Vermögensverschlechterung des Erben zu leiden hatten. Ob allerdings in diesem besonderen Fall der Prätor die Gewährung des Benefiziums an eine gewisse Sicherheitsleistung knüpfte, darüber ist in den Quellen nichts zu finden. Es würde aber den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und auch dem Zwecke der Separation nicht widersprochen haben, wenn der Prätor nach freiem Ermessen und je nach der

[1]) lex I § 1 D. 42, 6.
[2]) lex IV pr. Dig. 42, 6.

Lage des Falles eine solche Sicherstellung des Erben verlangt hätte.

Die Quellen bringen nun verschiedene Fälle, die auf den ersten Blick vielleicht als Ausnahmen von der Regel angesehen werden könnten, die aber in Wirklichkeit nur eine logische Anwendung des Prinzips auf einzelne besonders gelagerte Umstände bedeuten.

a) Separationsberechtigt war nämlich unter Umständen auch der Erbe, der zugleich Erbschaftsgläubiger war. Grundsätzlich war allerdings die Separatio zu Gunsten des Erben undenkbar, da durch den Eintritt der confusio alle Forderungen des Erben gegen den Erblasser erloschen. Es konnte aber der Fall eintreten, daß der Erbschaftsgläubiger nur Miterbe wurde und seine Forderung somit nur zu dem Teile erlosch, als er eben Erbe war. Soweit hier die Confusio nicht reichte, wurde dem Miterben das Separationsrecht nicht verweigert: „Si uxor tua pro triente heres extitit, debitum a coheredibus pro besse petere non prohibetur, cum ultra eam portionem, qua successit, actio non confundatur.“ [1]) Diese Kodexstelle bildet natürlich keine Abweichung von der Regel, denn sie gewährt die Separation dem Gläubiger nicht als Erben, sondern im Gegenteil, soweit er eben nicht Erbe ist.

b) Ohne Einfluß auf das Separationsrecht war ferner der Tod des Erben. In den Quellen [2]) ist dieser Fall besonders hervorgehoben: B hatte den A beerbt und wurde nun seinerseits wieder von C beerbt. Dann war die Rechtslage folgende: Zunächst hatten die Gläubiger des A ein Aussonderungsrecht am Nachlasse des A und zwar ganz ohne Rücksicht auf den Tod des B. Verlangten sie dagegen diese Separation nicht, etwa weil sie der Zahlungsfähigkeit des B vertrauten, so blieben sie natürlich persönliche Gläubiger des Erben B. Wenn nun der zweite Erbfall eintrat und B von C beerbt wurde, so wiederholte sich das Ganze und die ursprünglichen Gläubiger des A konnten jetzt das Vermögen des B separieren; allerdings standen sie jetzt in Konkurrenz mit den eigentlichen ursprünglichen Gläubigern des früheren Erben und jetzigen Erblassers B. Es stand ihnen also ein zweifaches Separationsrecht zu: „Et putem si quidem Primi creditores petant, utique et audiendos et adversus Secundi et adversus Tertii creditores.“

Zu einem ähnlichen Ergebnis konnte die Pupillarsubstitution führen. Kraft seiner väterlichen Gewalt konnte der römische Vater seinem Kinde einen Erben benennen für den Fall, daß es durch seinen — des Vaters — Tod sui juris wurde und dann selbst noch in der Unmündigkeit starb. Trat

[1]) lex 7 Cod. de bon. auct. jud. VII, 72.
[2]) lex 1 § 8 Dig. 42, 6.

nun dieser Fall ein, dann hatten die Gläubiger des Vaters wieder ein doppeltes Separationsrecht; neben ihnen konnten auch die Gläubiger des Pupillen separieren, aber nur adversus creditores heredis eius. [1])

c) Möglich war es ferner, daß sich der Erblasser für eine Schuld des Erben verbürgt hatte. Mit Eintritt des Erbfalles wurden die Hauptschuld und die obligatio des Bürgen in ein und derselben Person vereinigt und durch diese confusio erlosch die Bürgschaftsschuld. Gleichwohl konnte aber der Gläubiger wegen dieser Bürgschaftsschuld separieren: „nihilo minus separatio impetrabitur petente eo, cui fidejussor erat obligatus.“ [2]) Auf den ersten Blick erscheint diese Regelung als eine ungerechtfertigte Bevorteilung des Gläubigers; in Wirklichkeit ist sie es aber nicht. Der Rechtsgrund für den Untergang der Bürgschaftsschuld war der, daß sie bei der Vereinigung mit der Hauptschuld in ein und derselben Person neben dieser stärkeren Hauptschuld keinen Platz mehr hatte: ratio juris est, quod principalis obligatio maior fuit. Es wäre aber im höchsten Grade unbillig gewesen, wenn durch den Erbfall die Vorsicht des Gläubigers, sich durch die Stellung des Bürgen eine größere Sicherheit zu verschaffen, zunichte gemacht worden wäre und es mußte deshalb im Interesse der Billigkeit das jus strictum dem jus aequum weichen.

Unter den Gläubigern des Erblassers nahmen jene, die durch ein Pfandrecht geschützt waren, infolge der größeren Sicherheit ihrer Forderungen eine besondere Stellung ein. Dieser Umstand brachte nun manche, namentlich ältere Autoren zu der Ansicht, daß das römische Recht die Pfandgläubiger vom beneficium separationis ausgeschlossen habe, da diese schon durch ihr Pfandrecht hinreichend geschützt seien. [3]) Diese Schlußfolgerung ist jedoch reichlich oberflächlich und es hat sich infolgedessen die Mehrzahl der Schriftsteller mit vollem Recht zu der gegenteiligen Auffassung bekannt, daß das Separationsrecht ohne Rücksicht auf irgend eine Pfandbestellung allen Nachlaßgläubigern zugestanden sei.

Die in Betracht kommenden Quellenstellen sprechen nämlich ganz allgemein von allen Gläubigern des Verstorbenen, sie sprechen ohne irgendwelche Einschränkung einfach davon, daß der Prätor creditoribus hereditariis das remedium zu gewähren habe. Es besteht infolgedessen kein Grund zu der Annahme, daß die Römer in der Praxis die Rechtswohltat der Separation auf die chirographarischen Gläubiger beschränkt haben. Allerdings unterliegt es keinem Zweifel, daß der Prätor

[1]) lex I § 7 Dig. 42,6.
[2]) lex III pr. Dig. h. t.
[3]) vergl. Carpzow, Jurisprud. for. p. I, const. 28, defin. 10. Westenberg, Principia II, S. 749.

bei der Einführung des Benefiziums in erster Linie mit Rücksicht auf diese Gläubiger gehandelt hat, da diese doch das nächste und größte Interesse daran hatten, der Konkurrenz mit den persönlichen Gläubigern des Erben auszuweichen. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Pfandgläubiger ganz allgemein der Separation nicht bedurften, oder daß der Prätor das beneficium einseitig auf die chirographarischen Gläubiger beschränken wollte. Es konnte ja, und das war vielleicht sehr häufig der Fall, eine entsprechende Sicherheit des Pfandgläubigers von vorneherein fehlen, sei es, daß der Wert der verpfändeten Sache die Forderung schon bei der Bestellung des Pfandrechtes nicht ganz deckte, sei es, daß eine Wertminderung der Pfandsache eingetreten war. Es war ferner leicht denkbar, daß der Erbe an einer durch den Erblasser bereits verpfändeten Sache ein neues privilegiertes Pfandrecht, z. B. für den Fiskus bestellte.[1]) In allen diesen Fällen befand sich der Pfandgläubiger in einer nicht viel besseren Lage als die übrigen Gläubiger und er bedurfte ebensosehr der Separation, wie jene.[2])

II. Die Vermächtnisnehmer.

Neben den Gläubigern des Erblassers gewährten die Römer ausdrücklich auch den Vermächtnisnehmern das beneficium separationis: „Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos quibus legatum fuerit impetrare bonorum separationem aequum est.“[3]) Wie nach allgemeiner Regel, so wurden auch hier die donatarii mortis causa den Legataren gleichgestellt.[4]) Man darf ferner annehmen, daß — entsprechend den Grundsätzen, die für die Gläubiger des Erblassers galten — das Separationsrecht dadurch nicht ausgeschlossen wurde, daß dem Vermächtnis oder der mortis causa donatio eine aufschiebende oder auflösende Bedingung oder eine Zeitbestimmung irgendwelcher Art hinzugefügt war.

Allerdings war das Separationsrecht der Vermächtnisnehmer ein weitaus schwächeres, als das der eigentlichen Nachlaßgläubiger. Die Separation wurde für sie praktisch erst dann wirksam, wenn nach Abzug der Schulden des Erblassers

[1]) cf. lex I Cod. si propter publ. pens. 4, 46; lex 28 D. de jure fisci 49, 14; lex 3 § 1, L. 5, 6, 7, pr. D. qui pot. 20, 4; Arndts Pand. § 385.

[2]) Vergl. hiezu Oertmann a. a. O. Seite 256 f.

[3]) L. VI pr. Dig. h. t.

[4]) Arndts Pand. § 590.

noch ein Rest übrig blieb. „— ita ut, cum in creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur.“ [1]) War ein solcher Ueberschuß nicht mehr vorhanden oder war der Nachlaß gar überschuldet, dann gingen eben die Legatare leer aus.

Die Gründe für diese schlechtere Position der Vermächtnisnehmer sind teils im Wesen des Vermächtnisses selbst, teils im Wesen der Separation zu suchen. Der ganze Separationsgedanke beruhte doch auf der Erwägung, daß die Gläubiger des Erblassers nicht mehr von ihren Forderungen verlieren sollten, als sie verloren hätten, wenn der Erbfall nicht eingetreten wäre. Die Ansprüche der Vermächtnisnehmer sind aber erst mit dem Tode des Erblassers entstanden; die Legatare hätten also auch nichts erhalten, wenn jener am Leben geblieben wäre. Im Gegensatz dazu waren die Forderungen der eigentlichen Erbschaftsgläubiger schon zu Lebzeiten des Erblassers entstanden und es hätte dem primitivsten Rechtsempfinden widersprochen, wenn die Stellung dieser Gläubiger durch ein Vermächtnis hätte verschlechtert werden können.

III. Das Verhältnis der Separatisten zueinander.

In der Ausübung des Separationsrechts waren die einzelnen Gläubiger und Legatare nicht auf die Mithilfe der übrigen angewiesen; der Antrag eines einzelnen Separationsberechtigten mußte vielmehr dem Prätor zur Erteilung des Beneﬁziums genügen. Allerdings hatte dann auch nur dieser eine Antragsteller ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der Separationsmasse; die übrigen blieben solange ungeschützt, bis sie ebenfalls um die Separation nachsuchten.

Der Umstand nun, daß einerseits die Nachlaßgläubiger und Legatare zur Herbeiführung der Separation vollkommen gleichberechtigt waren, während andererseits im wesentlichsten Punkte, der Befriedigung aus der separierten Masse, das Recht der Nachlaßgläubiger ein weitaus intensiveres war, als das der Legatare, konnte zu verschiedenen Komplikationen führen, je nachdem sämtliche Separationsberechtigte oder nur ein Teil derselben separiert hatten, oder eine Aussonderung überhaupt nicht erfolgt war. Möglich waren hiebei drei Fälle:

1.) Hatten die Vermächtnisnehmer und die Gläubiger des Verstorbenen zusammen die Separation erwirkt, so wurden zuerst die eigentlichen Gläubiger befriedigt, dann die Legatare,

[1]) L. VI Dig. h. t.

und erst der noch verbleibende Rest wurde dem Erben ausgehändigt und konnte von dessen Gläubigern in Anspruch genommen werden.

2.) Suchten die Vermächtnisnehmer um das Beneficium nach, die Gläubiger des Verstorbenen dagegen nicht, dann wurden natürlich diese letzteren mit den Gläubigern des Erben auf eine Stufe gestellt und konnten sich erst nach Befriedigung der Legatare an den Nachlaß halten.

3.) Hatten dagegen die Gläubiger des Erblassers separiert, während sich die Vermächtnisnehmer untätig verhielten, dann wurden zuerst die separierenden Gläubiger befriedigt und erst nach ihnen folgten die Legatare, die jetzt im Range den Gläubigern des Erben gleichstanden. Tewes nimmt unverständlicherweise an, daß in diesem Falle nach den Gläubigern des Verstorbenen zuerst die Erbengläubiger zum Zuge gekommen seien und erst nach diesen die Vermächtnisnehmer. Eine solche Zurückstellung wäre jedoch völlig ungerechtfertigt gewesen, da doch die Legatare ein viel größeres Anrecht auf Befriedigung aus dem Nachlaß hatten als die Gläubiger des Erben, und diesen infolgedessen zum mindesten gleichgestellt werden mußten.

IV. Die Quasiseparation.

Im Zusammenhang mit der Separation durch die Gläubiger des Erblassers und die Legatare erwähnen die Quellen noch verschiedene andere Separationsfälle, die aber den beiden ersteren, was den rechtlichen Grund betrifft, völlig wesensfremd sind und deshalb als Quasiseparationen bezeichnet werden. Ihre Behandlung geht zwar über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, sie sollen jedoch der Vollständigkeit halber kurz erwähnt werden.

1.) Wenn dem Erben die Restitution der Erbschaft an einen anderen auferlegt war, wenn also auf der Erbschaft ein Universalfideicommiß lastete, so konnte der Erbe, der gegen seinen Willen hatte antreten müssen, nach Wegfall des Universalfideicommissars sein Vermögen von der überschuldeten Erbschaft separieren.[1])

2.) Wenn ein überschuldeter filius familias gestorben war und sich in seinem Nachlaß ein peculium castrense befand, so war eine Separation möglich „inter castrenses creditores ceterosque", das heißt, die creditores castrenses konnten sich

[1]) L. I § 6 Dig. 42, 6.

aus dem peculium vorweg befriedigen, während den anderen Gläubigern nur der übrige Nachlaß verblieb. [1])

3.) In einer besonders unangenehmen Lage konnte sich unter Umständen der servus institutus cum libertate befinden. Dieser war heres necessarius und konnte als solcher die Erbschaft nicht ausschlagen, selbst wenn sie noch so überschuldet war; deshalb gab ihm Ulpian das Recht, „quidquid adquisierit et quid ei a testatore debetur", vom Nachlaß zu separieren, unter der Voraussetzung, daß dieser noch unversehrt vorhanden war. [2])

4.) Der letzte Fall ist der, daß eine liberta als Erbin eines Dritten sich die bonorum possessio erteilen ließ und dadurch ihren Patron in die Gefahr brachte, durch die möglicherweise überschuldete Erbschaft in Mitleidenschaft gezogen zu werden. Um diesem vorzubeugen, konnte der Patron die bona libertae von der Erbschaft separieren. [3])

§ 3.

Die Voraussetzungen der Separation.

Der praktisch bei weitem wichtigste Fall der Separation wird ohne Zweifel der gewesen sein, daß der Erbe sich in Konkurs befand. Wenn hier die Gläubiger des Erblassers nicht separierten, so mußten sie befürchten, daß zur besseren Deckung der Schulden des Erben auch der Nachlaß herangezogen werde. Als persönliche Gläubiger des Erben, die sie mit dem Erbfall geworden waren, hätten sie im Falle des Konkurses des Erben mit dessen sämtlichen Gläubigern konkurrieren müssen und wären so unter Umständen mit dem größten Teile ihrer Forderungen ganz ausgefallen. In erster Linie wurde deshalb das beneficium separationis als remedium gegen den Konkurs des Erben geschaffen und auch die Quellen erwähnen hauptsächlich diesen Fall, so in L. I § 1 D. h. t.: „heres extitit Titius, hic non est solvendo; patitur bonorum venditionem;" ferner in L. I § 8 D. h. t.: „si .... Tertii bona veneant" und in L. III pr. D. h. t.: „debitor fideiussoris heres extitit, eiusque bona venierunt."

Der Konkurs des Erben war jedoch nur der am häufigsten vorkommende Fall und gleichzeitig auch jener Fall, bei dem

[1]) L. I § 9 Dig. 42, 6.
[2]) L. I § 18 Dig. 42, 6.
[3]) L. VI § 1 Dig. 42, 6.

sich die Separation als besonders nützlich erwies; damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Konkurs des Erben eine notwendige Voraussetzung der Separation war. Es ist vielmehr sehr wohl denkbar, daß, obgleich ein solcher nicht vorlag und auch vorerst nicht zu erwarten war, die Gläubiger und Vermächtnisnehmer um die Separation nachsuchten. Konnte nun auch in diesem Falle der Prätor die Rechtswohltat gewähren? Die Quellen enthalten keine positive Regelung dieser Frage, und auch die Wissenschaft ist zu einer einheitlichen Lösung nicht gekommen; es stehen sich vielmehr zwei entgegengesetzte Auffassungen gegenüber. So sind für das Erfordernis des Konkurses: Carpzow (a. a. O.), Brinz (II S. 157), Mühlenbruch (§ 708). Die neueren Schriftsteller jedoch, und unter ihnen gerade die bedeutenderen stehen auf dem gegenteiligen Standpunkt und vertreten die Auffassung, daß eine Separation auch ohne Erbenkonkurs möglich war, so Windscheid (III § 607) und Hofmann (a. a. O.).

Rein äußerlich und formell betrachtet, spricht für die erstere Meinung der Umstand, daß sowohl in den Digesten wie im Kodex sich die Lehre von der separatio bonorum an jene vom Konkurs anschließt. Ferner erwähnen die Digesten zu Beginn des Titels „de separationibus" einen Fall, der einen förmlichen Konkurs des Erben, also nach römischem Recht die bonorum venditio zur Voraussetzung hatte: „Utputa debitorem quis Seium habuit; hic decessit; heres extitit Titius; hic non est solvendo: patitur bonorum venditionem." Allein schon das erste Wort „utputa" sagt deutlich, daß Ulpian an dieser Stelle nur ein einzelnes Beispiel geben und keineswegs eine allgemeine Regel für die Notwendigkeit des Erbenkonkurses zur Erlangung der Separation aufstellen wollte. Das gleiche ist von zwei anderen,ähnlich lautenden Stellen (L. VI pr. Dig. h. t.: „quotiens heredis bona solvendo non sunt" und L. III pr. Dig. h. t. „. . . . eiusque bona venierunt") zu halten.

Während so die Quellen in formeller Hinsicht keinen bestimmten Anhaltspunkt dafür ergeben, daß zur Erlangung der Separation der Konkurs des Erben unerläßliche Voraussetzung war, sprechen auf der andern Seite schwere materielle Gründe für das Gegenteil. Durch den Eintritt des Erbfalles trat den Nachlaßgläubigern ohne, meist sogar gegen ihren Willen, plötzlich ein neuer Schuldner gegenüber, der ihnen möglicherweise vollkommen fremd war und über dessen finanzielle Lage und persönliche Qualitäten sie vielleicht gar nicht unterrichtet waren. Unter diesen Umständen konnte man ihnen doch nicht zumuten, erst die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben abzuwarten, denn sie hatten ja nicht die geringste Garantie dafür, daß bis dahin auch nur ein Teil des

Nachlasses noch vorhanden war. Der ganze Wert der Separation wäre auf diese Weise illusorisch geworden.

Mit ziemlicher Sicherheit ist ferner anzunehmen, daß die Römer noch viel weiter gingen und nicht einmal die Ueberschuldung des Erben als Voraussetzung der Separation verlangten. In den in Betracht kommenden Digestenstellen ist allerdings fast ausschließlich von einer solchen die Rede, damit ist sie aber noch lange nicht zur unerläßlichen Vorbedingung der Gütertrennung erklärt. Alle diese Fälle bilden vielmehr nur konkrete Beispiele und sie beweisen einzig und allein, daß eben in der Praxis die Nachlaßgläubiger am häufigsten durch eine Ueberschuldung des Erben veranlaßt wurden, das beneficium zu erbitten. Aus den gleichen Digestenstellen ergibt sich auch, daß die Römer eine Separation auch ohne Ueberschuldung des Erben für möglich erachteten. Sowohl Ulpian [1]) wie auch Paulus [2]) und Papinian [3]) besprechen den Fall, daß sich die Nachlaßgläubiger nach vollzogener Separation noch an das Vermögen des Erben halten wollten, wenn der Nachlaß zu ihrer Befriedigung nicht ausreichte, während auf der anderen Seite der Erbe solvent war und sogar propriis creditoribus dimissis noch einen Teil seines Vermögens für sich behielt. Eine Ueberschuldung des Erben war also hier nicht vorhanden und gleichwohl war den Nachlaßgläubigern das beneficium separationis vom Prätor erteilt worden. Nur so war es dem Prätor möglich, unnötige Härten zu vermeiden. Wäre die Separation an die Insolvenz des Erben gebunden gewesen, dann hätten naturgemäß die Nachlaßgläubiger diese Ueberschuldung beweisen müssen. Gerade dieser Beweis wäre aber wohl in den meisten Fällen ein Ding der Unmöglichkeit gewesen, besonders bei einigermaßen geschicktem Geschäftsgebahren des Erben, da die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse der Römer — man denke hier nur an das Fehlen von Grundbüchern — es dem Einzelnen viel leichter machten, seine Vermögenslage zu verschleiern, als dies heutzutage der Fall ist.

Im allgemeinen war so die Separation an keine bestimmten Voraussetzungen gebunden. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß sie für den Erben außerordentlich gefährlich war und daß infolgedessen bei ihrer Erteilung mit der größten Vorsicht vorgegangen werden mußte. Durch die Gütertrennung wurde dem Erben einerseits der Besitz der Erbschaft auf ungewisse Zeit entzogen, andererseits bedeutete sie ein starkes Mißtrauensvotum durch die Nachlaßgläubiger und war so im

[1]) L. I § 17 Dig. h. t.
[2]) L. V Dig. h. t.
[3]) L. III § 2 Dig. h. t.

Stande, seinen Geschäftsruf und seinen Kredit in stärkstem Maße zu schädigen. Auf Grund dieser Erwägungen ist mit Bestimmtheit anzunehmen, daß den Nachlaßgläubigern das beneficium separationis nicht ohne weiteres und nicht auf bloßes Verlangen erteilt wurde. Jedenfalls mußten sie glaubhaft machen, daß sie nicht aus unbegründeter Aengstlichkeit oder gar aus bloßer Chikane separieren wollten, sondern daß sie ernstliche Gründe hätten, eine drohende Gefährdung ihrer Sicherheit durch die Konkurrenz der Erbengläubiger zu befürchten oder zum mindesten nicht für unwahrscheinlich zu halten, etwa weil die Vermögensverhältnisse des Erben außerordentlich verwickelt und unklar seien. Auch die Quellen geben in dieser Hinsicht nicht mißzuverstehende Vorschriften. So heißt es in L. 1 § 14 Dig. h. t.: „. . . . . de his autem omnibus, an admittenda sit separatio necne, praetoris erit vel praesidis notio, hoc est eius, qui separationem indulturus est." Nur causa cognita sollte der Prätor die Separation erteilen, und zwar selbstverständlich nach Prüfung nicht bloß der Formalitäten und allgemeinen Voraussetzungen, sondern ganz besonders auch der Frage, ob gerade für diesen einzelnen Fall die Separation zweckmäßig und erforderlich sei.

Streitig ist es, ob nach römischem Recht die Separation auch dann möglich war, wenn der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hatte. Auf den ersten Blick erscheint für diesen Fall die Separation ganz unnötig, da doch durch die Inventarisierung scheinbar das Gleiche erreicht wurde, wie durch die Separation, nämlich eine gewisse Scheidung des Nachlasses vom Erbenvermögen. Aus diesem Grunde kamen auch verschiedene ältere Schriftsteller zu der Auffassung, daß das beneficium inventarii genau so den Interessen der Nachlaßgläubiger gedient habe, wie das beneficium separationis. Die beiden Rechtswohltaten hätten sich lediglich darin unterschieden, daß die Trennung im einen Fall auf Veranlassung des Erben, im andern Fall dagegen auf Veranlassung der Nachlaßgläubiger erfolgt sei. [1])

Diese ältere Auffassung beruht jedoch auf einer falschen Grundlage insofern, als sie das Wesen des Inventarrechtes in gewisser Beziehung verkennt. Das beneficium inventarii brachte allerdings eine gewisse Trennung der hereditas und des Erbenvermögens mit sich, jedoch nur in favorem heredis, es sollte lediglich den Erben vor den Nachteilen eines überschuldeten Nachlasses schützen. Die Quellen erwähnen nicht ein Wort davon, daß es gleichzeitig den Nachlaßgläubigern das Recht gegeben habe, sich unter Ausschluß aller ursprünglichen Gläubiger des Erben allein an den Nachlaß zu halten.

[1]) Mevius, Decisiones, VII. S. 248.

Die Nachlaßgläubiger konkurrierten vielmehr trotz Errichtung eines Inventars nach wie vor mit den persönlichen Gläubigern des Erben und mußten sich jede den Nachlaß betreffende Verfügung des Erben gefallen lassen. Die Trennung der beiden Vermögensmassen durch das Inventar war also bei weitem nicht so intensiv wie jene, die das beneficium separationis mit sich brachte, und sie wirkte in ihrem Ergebnis mehr gegen als für die Nachlaßgläubiger. „Der einzige Unterschied des Benefizial- und gewöhnlichen Erben bestand für die Nachlaßgläubiger zunächst nur in dem negativen Ergebnis, daß sie beim Inventar keinesfalls mehr bekamen, als im Nachlaß steckte; eine Garantie dafür, daß sie nicht möglicherweise weniger bekamen, hatten sie wesentlich nur in der persönlichen Zahlungsfähigkeit und Redlichkeit des Erben." [1])

Es würde wohl auch dem Wesen eines Benefiziums, wie es das Inventar ist, nicht ganz entsprochen haben, hätte man seine Wirkung auf zwei Parteien ausgedehnt, deren Interessen so verschieden, ja entgegengesetzt waren, wie die des Erben und der Nachlaßgläubiger. Richtig ist deshalb die Ansicht der neueren Romanisten, daß ein Antritt der Erbschaft cum beneficio inventarii nicht zugleich auch eine Separation zu Gunsten der Nachlaßgläubiger enthielt. Das Inventar gab den Nachlaßgläubigern keineswegs ein ausschließliches Befriedigungsrecht am Nachlaß, es bewirkte vielmehr einzig und allein, daß der Erbe nicht mit seinem persönlichen Vermögen für den etwa überschuldeten Nachlaß eintreten mußte. Aus diesem Grunde muß man zu dem Ergebnis kommen, daß den Gläubigern des Erblassers und den Legataren das beneficium separationis auch dann erteilt werden mußte, wenn der Erbe ein Inventar errichtet hatte.

Das römische Recht kannte jedoch gewisse andere Umstände, bei deren Vorhandensein der Prätor die Rechtswohltat nicht erteilen durfte.

1.) Als solcher separationshindernder Grund ist in erster Linie der Fall zu erwähnen, daß ein Separationsberechtigter auf sein Recht von vorneherein ausdrücklich verzichtet hatte. In den Quellen ist zwar nirgends von diesem ausdrücklichen Verzicht die Rede, es geht aber ganz eindeutig aus der Natur eines Privilegiums, und ein solches war ja die Separation, hervor, daß es durch den Willen des Privilegierten, also durch Verzicht, zum Untergang gebracht werden konnte.

Der hier in Betracht kommende Wille des Nachlaßgläubigers konnte aber auch stillschweigend durch konkludente Handlungen zum Ausdruck gebracht werden. Das Gesetz vermutete diesen Willen zunächst ganz allgemein bei jenen Gläubigern,

[1]) Oertmann a. a. O. Seite 277.

qui nomen heredis secuti sunt,[1]) und das ganz mit Recht. Wenn sich ein Erbschaftsgläubiger einmal freiwillig auf den Boden der Tatsachen gestellt und sich mit der Neuregelung der Verhältnisse, wie sie durch den Erbfall erfolgt war, zufriedengegeben hatte, — und das tat er wohl am offenkundigsten dadurch, daß er den Erben irgendwie in Anspruch nahm, — dann bestand für den Prätor nicht die geringste Veranlassung mehr, ihn vor den Gefahren zu schützen, die ihm unter Umständen aus einer Ueberschuldung des Erben drohten. Er hatte ja eben diesen Erben aus freien Stücken als seinen persönlichen Schuldner anerkannt: „ceterum si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum, quippe cum secuti sunt nomen heredis, nec possunt iam se ab eo separare, qui quodammodo eum eligerunt.“[2]) Diese Regelung entsprach den Forderungen der Verkehrssicherheit und diente dadurch den Interessen des Erben, der von dem Augenblicke an, in dem ihn die Nachlaßgläubiger persönlich in Anspruch nahmen, keine Separation mehr zu befürchten hatte und somit viel freier und wirtschaftlicher den Nachlaß verwalten konnte, als vorher.

Diese persönliche Inanspruchnahme des Erben und der damit verbundene Verzicht auf das Separationsrecht konnten natürlich auf verschiedene Art und Weise und in verschiedener Intensität erfolgen. Der Prätor mußte dabei von Fall zu Fall nach den gegebenen Umständen entscheiden, ob die Erteilung des Beneficiums zu verweigern sei oder nicht; die Quellen selbst enthalten keine klare und erschöpfende Aufzählung aller Möglichkeiten, sie führen nur die wichtigsten und häufigsten Fälle an.

An erster Stelle ist hier die Novation erwähnt. Diese brachte eine bestehende klagbare oder nicht klagbare Schuldverbindlichkeit zur Aufhebung und setzte an deren Stelle eine neue, welche den Inhalt der ersteren aufzehrte, indem sie entweder die gleiche Leistung wie die erste oder an deren Stelle eine andere zum Inhalt hatte. Hatte nun der Erbschaftsgläubiger im Wege der Stipulation mit dem Erben vereinbart, daß an die Stelle der bisherigen obligatio, in welche der Erbe mit dem Erbfall als Schuldner eingetreten war, eine neue treten sollte, so verlor er mit der alten Forderung notwendigerweise auch den aus derselben entspringenden Separationsanspruch, denn die neuentstandene obligatio hatte ja nicht mehr die geringste Beziehung zur Erbmasse, und durch ihre Eingehung hatte der Erbschaftsgläubiger deutlich zu erkennen gegeben, daß er vollkommen mit der rein persönlichen Haftung des Er-

[1]) L. I § 10 Dig. h. t.; ebenso L. I § 15: .. qui .. eligentis tamen mente heredis personam secutus est.“

[2]) L. I § 10 Dig. h. t.

ben einverstanden sei und nicht mehr auf eine abgesonderte Befriedigung aus der Erbmasse Anspruch mache. Die Quellen bringen dies klar zum Ausdruck, indem sie einzig und allein jenen, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt, das Separationsrecht zugestehen, während sie die andern, qui eum hoc (scil. novandi) animo secuti sunt, vom commodum separationis ausschließen. [1] [2]

Die gleiche Digestenstelle nennt im Anschluß an die Novation als stillschweigenden Verzicht auf das beneficium auch den Fall, daß ein Nachlaßgläubiger vom Erben die Zinsen seiner Forderung eintrieb: „Sed et si usuras ab eo ..... exegerunt, item erit probandum." Diese Regel erlitt aber eine bedeutende Einschränkung dadurch, daß der Zinsenempfang seine für den Nachlaßgläubiger schädliche Wirkung nur dann zeitigen sollte, wenn dieser „ea mente, quasi eum eligendo" gegen den Erben als nunmehrigen Schuldner der Zinsforderung vorgegangen war. Hatte also ein Nachlaßgläubiger nur die ihm vom Erben freiwillig angebotenen Zinsen angenommen, oder hatte er die Zinsen eingeklagt unter dem ausdrücklichen Hinweis darauf, daß es sich um eine Erbschaftsschuld handle und daß er mit seinem Vorgehen den Erben keineswegs als seinen persönlichen und ursprünglichen Schuldner anerkennen wolle, dann konnte er nach wie vor separieren. [3] Diese Vorschrift war im Interesse der Nachlaßgläubiger erlassen, da man denselben doch nicht zumuten konnte, daß sie mit Eintritt des Erbfalls auf ihre Zinsen verzichteten; es mußte ihnen vielmehr die Möglichkeit gegeben werden, ihr gutes Recht zu verfolgen, ohne sich gleichzeitig unverhältnismäßig große Nachteile zuzuziehen. [4]

Ein Verzicht auf die Geltendmachung des Separationsrechts wurde ferner darin erblickt, daß sich der Nachlaßgläubiger zur Sicherung seiner Forderung einen Bürgen bestellen ließ. Dadurch brachte er ja unverkennbar zum Ausdruck, daß er sich nur an den Erben als seinen Schuldner halten wolle, daß er aber der Zahlungsfähigkeit des Erben nicht ganz traue und sich deshalb für alle Fälle sicherstellen wolle. Er verzichtete somit ganz offenkundig auf sein Recht, sich im

[1] „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem, transfusio atque trans latio, hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur." (L. I Dig. de nov et del. 46, 2). Vergl. auch Arndts Pand. § 268.

[2] L. I § 10 Dig. 42, 6.

[3] Vergl. Oertmann a. a. O. Seite 308.

[4] Die gleiche Wirkung wie der bedingungslosen Eintreibung der Zinsen schreibt Dernburg dem Abschluß neuer Zinsverträge zu. Vergl. Dernburg II, Anm. 6 zu § 550.

Wege der Absonderung aus dem Nachlaß zu befriedigen. War dann allerdings weder der Erbe noch der bestellte Bürge zahlungsfähig, so beruhte das auf eigenem Verschulden des Nachlaßgläubigers und er konnte jetzt nicht mehr auf sein Separationsrecht zurückgreifen: „Et sibi imputent, cur minus idoneos fideiussores accipiebant.[1])

Zum Schlusse erwähnen hier die Quellen noch den Fall, daß ein Erbschaftsgläubiger seine Forderung durch ein Pfandrecht sichern ließ: ‚Si quis pignus ab herede acceperit, non est, ei concedenda separatio, quasi eum secutus sit.“[2]) Auch in der Pfandbestellung sahen also die Römer ein „heredem sequi‘, im Sinne des stillschweigenden Verzichts auf das Separationsrecht. Allerdings enthalten hier die Quellen eine Lücke. Sie schweigen über die Frage, an welchem Objekt das Pfandrecht bestellt sein mußte, um separationshindernd zu wirken. Genügte hiezu ein Pfandrecht an der Erbschaft als solcher oder an einem Teil derselben, oder aber war hier ein Pfandrecht an Vermögensgegenständen des Erben erforderlich? Diese Frage läßt sich jedoch aus dem Sinne der gegebenen Vorschrift leicht beantworten. Ließ sich der Nachlaßgläubiger ein Pfandrecht an der hereditas bestellen, so verzichtete er damit keineswegs, auch nicht stillschweigend, auf sein Separationsrecht; er gab vielmehr in verstärktem Maße zu verstehen, daß er sich an den Nachlaß zu halten gedenke, und daß er seine spätere Befriedigung aus dem Nachlasse vorläufig durch ein Pfandrecht schützen wolle. Wurde dagegen dem Gläubiger ein Pfandrecht am Vermögen des Erben bestellt, so lag darin wie in den übrigen bereits besprochenen Fällen ein klares fidem heredis sequi und damit ein Verlust des Separationsrechtes.

Im Gegensatz zu allen diesen Möglichkeiten wurde in der stärksten Geltendmachung der Gläubigerrechte, in der Einklagung des Erben, ein heredem sequi nicht erblickt. Diese Bestimmung der L. VII Dig. h. t. erscheint auf den ersten Blick unverständlich und beinahe widersinnig, denn man möchte meinen, daß die Klage gegen den Erben dem Nachlaßgläubiger doch mindestens die gleichen Nachteile bezüglich der Separation bringen mußte, als wenn er sich nur Zinsen geben oder sich ein Pfandrecht oder einen Bürgen bestellen ließ. Während jedoch alle diese Handlungen als vollkommen freiwillige und im Belieben des Nachlaßgläubigers stehende anzusehen waren, war die Klagestellung gegen den Erben meist eine zwingende Notwendigkeit, an die man irgendwelche Rechtsnachteile nicht anknüpfen wollte. Mit dem Eintritt des Erbfalles wurde der Erbe einziger und notwendiger Vertreter des Nachlasses und der

[1]) L. I § 11 Dig. 42, 6.
[2]) L. I § 15 Dig. 42, 6.

Gläubiger war deshalb gezwungen, ihn gerichtlich zu belangen, — „ex necessitate hoc fecit" — wenn er aus irgend einem Grunde sein Geld dringend benötigte und das ohne Zweifel weitaus langwierigere Verfahren der Separation weder abwarten konnte noch wollte. Ganz besonders war die Klagestellung aber dann geboten, wenn es galt, eine Verjährung zu verhindern oder irgend einen sonstigen Rechtsnachteil abzuwenden.

Außer dieser offenkundigen oder versteckten Inanspruchnahme des Erben konnten natürlich noch verschiedene andere Möglichkeiten vorkommen, die einen stillschweigenden Separationsverzicht eines Nachlaßgläubigers vermuten ließen. Sache des Prätors (oder seines Vertreters) war es dann jeweils, zu entscheiden, ob nach der Lage des Falles das Beneficium noch erteilt werden konnte oder nicht.

2.) Eine Separation bezüglich des Nachlasses als solchen war ferner dann ausgeschlossen, wenn der Erbe den Nachlaß verkauft hatte und wenn weder ihm die Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, noch seinem Kontrahenten die Kenntnis von einer solchen unredlichen Absicht nachweisbar war, wenn also die Gläubiger weder mit dem interdictum fraudatorium noch mit der actio Pauliana vorgehen konnten. „Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrat suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent." [1] Diese Stelle wird wohl dahin ergänzt werden dürfen, daß es die gleichen Folgen zeitigte, wenn durch den Erben nur einzelne Nachlaßgegenstände verkauft oder sonstwie aus seinem Eigentum weggegeben wurden; natürlich war dann die Unmöglichkeit der Separation nur auf diese Stücke beschränkt.

Mit dem Antritt der Erbschaft war der Erbe vollkommen freier und unabhängiger Eigentümer des Nachlasses geworden und man konnte doch nicht von ihm verlangen, sich einzig und allein deshalb auf lange Zeit hinaus jeder Verfügung über den Nachlaß zu enthalten, weil möglicherweise von irgend einem Nachlaßgläubiger noch das Separationsgesuch eingereicht werden konnte.

Die L. II Dig. h. t. darf aber nicht so eng aufgefaßt werden, als ob hier eine Separation überhaupt unmöglich gewesen wäre. Das ergibt sich ganz deutlich aus dem Nachsatz „nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent", nach welchem Papinian nur mit Rücksicht auf den gutgläubigen Erwerber und nur bezüglich des von ihm erworbenen Nachlasses den Nachlaßgläubigern ein Absonderungsrecht verweigerte. In anderer Hinsicht, als bezüg-

[1] L. II Dig. 42, 6

lich des verkauften Nachlasses oder der verkauften Nachlaßteile, war jedoch eine Separation sehr wohl möglich. Die ganzen mit dem Erbfall entstandenen Rechtsverhältnisse waren nach Oertmann[1]) so aufzufassen, als ob der Erbe zwei Vermögensmassen, — den Nachlaß und sein eigenes Vermögen — in seiner Person und unter seiner Verwaltung vereinigt hätte, jedoch so, daß zwischen beiden eine gewisse, wenn auch noch so geringe und nur in der Theorie vorhandene Trennung bestand. Diese fingierte Trennung wurde nun mit der Separation zu einer tatsächlichen. Hatte also der Erbe aus der Erbschaft etwas veräußert, so trat notwendigerweise der Erlös hiefür wieder in die Masse ein und wurde von der Separation mitergriffen.

In schroffem Gegensatz zu den Vorschriften über die Wirkung des Erbschaftsverkaufs auf das Separationsrecht steht anscheinend L. 1 § 3 Dig. h. t.: „Sciendum est autem, etiamsi obligata res esse proponatur ab herede iure pignoris vel hypothecae, attamen, si hereditaria fuit, iure separationis hypothecario creditore potiorem esse eum, qui separationem impetravit." Hatte also der Erbe am Nachlaß oder an Teilen desselben ein Pfandrecht bestellt, so ging im Falle der Separation das Recht der die Absonderung betreibenden Nachlaßgläubiger dem jeden Pfandgläubigers vor, der sein Pfandrecht erst durch den Erben erhalten hatte. Man wird aber diese Vorschrift einschränkend dahin auslegen müssen, daß sie nur solche Pfandgläubiger betraf, die nicht Nachlaßgläubiger, sondern nur persönliche Gläubiger des Erben waren. Durch die Separation sollten ja nur jene Wirkungen ausgeschaltet werden, die der Erbfall mit sich gebracht hatte und die nicht eingetreten wären, wenn der Erblasser noch lebte. Nun war aber die Verpfändung eines Nachlaßgegenstandes an einen Gläubiger des Erblassers nicht erst durch den Tod des Erblassers möglich geworden, sie hätte genau so auch schon vorher erfolgen können, da ja der Nachlaß von Anfang an für diese Forderungen gehaftet hatte. Wenn sich nun ein Erbschaftsgläubiger vom Erben ein Pfandrecht am Nachlaß bestellen ließ, so bedeutete dies zwar die Erlangung einer gewissen Vorzugsstellung gegenüber den übrigen Erbschaftsgläubigern, aber diese Vorzugsstellung hätte er auch erlangen können, wenn der Erblasser noch lebte, sie war also nicht durch den Erbfall bedingt und durfte infolgedessen auch nicht mit der Separation wieder aufgehoben werden.

Aber auch die Zurückstellung der persönlichen Gläubiger des Erben, die ein Pfandrecht am Nachlaß erhalten hatten, hinter die Separatisten erscheint auf den ersten Blick nicht ganz gerechtfertigt, und das um so weniger, als doch auf der andern

[1]) Oertmann a. a. O. Seite 310 ff.

Seite die Gültigkeit eines in gutem Glauben erfolgten Verkaufs der Erbschaft, also der weitaus stärksten Verfügung über die Erbschaft, durch die Erteilung des Beneficiums nicht beeinträchtigt wurde. Dieser für unser heutiges Rechtsempfinden nicht ohne weiteres verständlichen Regelung lag wohl folgende Ueberlegung zu Grunde: Während durch die bloße Verpfändung einer Nachlaßsache dem Erben nur der Besitz, in vielen Fällen nicht einmal dieser, verloren ging, büßte er als Folge des Verkaufs das Eigentum ein. Es wurde also durch den Verkauf eine viel stärkere Schranke zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern einerseits und dem Dritten andererseits errichtet, als durch eine bloße Verpfändung und im Interesse der Verkehrssicherheit erschien es nicht angebracht, diese Schranke der Separation halber zu durchbrechen. Gleichzeitig bestand bei der Verpfändung einer Nachlaßsache auch praktisch eine weitaus zwingendere Notwendigkeit für den Vorrang des Separationsrechtes vor dem Recht des Dritten, als bei der Uebereignung. Eine solche geschah ohne Zweifel nur in ganz verschwindend wenigen Fällen in der Form einer unentgeltlichen Zuwendung; meistens lag ihr doch wohl ein Kauf- oder Tauschvertrag zugrunde und nach dem allgemeinen Grundsatze „pretium succedit in locum rei" trat eben dann, wie schon dargelegt, der Erlös an die Stelle der veräußerten Sache und wurde von einer späteren Separation mitergriffen. Wurden dagegen für persönliche Schulden des Erben irgendwelche Nachlaßgegenstände verpfändet, so trat nicht der geringste Gegenwert dafür in die Separationsmasse über; es erscheint infolgedessen voll gerechtfertigt, wenn in diesem Fall das Pfandrecht des Drittgläubigers dem Recht der Separatisten nachstehen mußte.

3.) Ein weiteres Hindernis der Separation enthält L. I § 12 Dig. h. t.: „Praeterea sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem. Confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit." Das Beneficium durfte also nicht mehr erteilt werden, wenn der Nachlaß sich mit dem Vermögen des Erben derart untrennbar und ununterscheidbar verschmolzen hatte, daß man die Grenzen und den Umfang der einen und der anderen Vermögensmasse nicht mehr erkennen konnte. Waren dagegen Teile des Nachlasses oder auch nur einzelne Nachlaßgegenstände noch ausscheidbar, so wurden diese von der Separation ergriffen: „Quid ergo, si praedia extent vel mancipia vel pecora vel aliud quod separari potest? hic utique impetrari poterit separatio.

Der ganzen Vorschrift der L. I § 12 dürfte jedoch insoferne wenig Bedeutung zugekommen sein, als sich in der Wirklichkeit ein Fall der untrennbaren Vermischung des Erbenvermögens

mit dem Nachlaß für die klaren und wenig komplizierten wirtschaftlichen Verhältnisse der Römer nur sehr schwer denken läßt. Ulpian gibt dies am Schlusse der Stelle auch unumwunden zu: „quod quidem perraro cóntingere potest.“

Aus diesem Schlußsatze läßt sich gleichzeitig auch schließen, daß der hier verwendete Begriff der untrennbaren Vermischung sich mit dem nicht allzu seltenen Fall des § 948 B.G.B. nicht deckt, und zwar begreiflicherweise, da beide Fälle auf ganz verschiedenen Grundlagen aufgebaut sind. Bei § 948 B.G.B. handelt es sich um die Feststellung von Eigentumsverhältnissen, also um eine in erster Linie rechtliche Frage, bei der Separation dagegen kommt mehr eine praktische und tatsächliche Vermögensauseinandersetzung in Betracht. Hatte zum Beispiel ein römischer Erblasser eine Anzahl Geldstücke einer bestimmten Art hinterlassen und waren diese vom Erben mit eigenen Geldstücken der gleichen Sorte zusammengelegt worden, so hätte das im Sinne des B.G.B. eine untrennbare Vermischung bedeutet.[1]) Gleichwohl kann man annehmen, daß für diesen Fall der Prätor die Separation ohne weiteres zuließ, da es hier doch nicht darauf ankam, ausgerechnet die ererbten Geldstücke in specie vom Vermögen des Erben wieder zu trennen; hier lag vielmehr der Schwerpunkt auf dem reinen Vermögenswert und der konnte ohne Schwierigkeit vom Erben herausgegeben werden.

4.) Das Separationsrecht erlosch endlich durch Zeitablauf. „..... post multum temporis separationem non posse impetrari.“ Die Dauer dieser Ausschlußfrist wurde durch das prätorische Edikt nicht bestimmt, und sie war deshalb ursprünglich wohl dem freien Ermessen des Prätors anheimgegeben. Erst im Laufe der Zeit entwickelte sich dann anscheinend durch einheitliche und fortdauernde Uebung ein Gewohnheitsrecht, welches die Frist auf fünf Jahre festsetzte: „quod dicitur, post multum temporis separationem non posse impetrari, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur.“[2])

Während dieser Zeit konnten es sich die Nachlaßgläubiger reiflich überlegen, ob sie den Erben als ihren persönlichen Schuldner annehmen durften, ohne die Sicherheit ihrer Forderungen zu gefährden. Es lag auch im Interesse der Verkehrssicherheit, diese ohnehin lange Frist nicht noch weiter auszudehnen, da doch einmal eine endgültige und sichere Regelung der Rechtsverhältnisse des Nachlasses geschaffen werden mußte; eine solche Sicherheit lag aber solange nicht vor, als man mit der Möglichkeit einer Separation rechnen mußte.

[1]) Vergl. Cosack a. a. O. II. Band S. 173.

[2]) L. I § 13 Dig. h. t.

§ 4.

Das Verfahren.

Im Gegensatz zu den manchmal bis in die kleinsten Einzelheiten gehenden materiellen Vorschriften ist eine genaue Regelung des formellrechtlichen Teiles der Separation nicht überliefert. Es ist deshalb anzunehmen, daß eine solche Regelung überhaupt nicht erfolgt ist und daß sich erst gewohnheitsmäßig im Laufe der Zeit eine gewisse einheitliche Uebung ausbilden mußte. Einige allgemeine Grundsätze des Verfahrens lassen sich jedoch in groben Umrissen aus Bemerkungen und Hinweisen erkennen, die verschiedentlich in den Quellen eingestreut sind.

Oertlich und sachlich zuständig waren, wie schon des öfteren erwähnt, in Rom der Prätor selbst, in der Provinz der praeses provinciae. Prätor und praeses provinciae traten natürlich nicht von selbst in Tätigkeit, die Nachlaßgläubiger und Legatare mußten vielmehr an sie herantreten mit einem Antrag, der jedenfalls sowohl schriftlich wie mündlich eingebracht werden konnte. Ueber den notwendigen Inhalt dieses Antrages ist ebenfalls nichts überliefert, doch läßt sich auch diese Lücke durch gewisse, sich aus der ganzen Sachlage von selbst ergebende Schlußfolgerungen leicht ergänzen. In erster Linie mußte das Gesuch wohl eine genaue Angabe der Person des Erblassers und des Erben und im Zusammenhang damit, soweit möglich, eine Aufstellung des zu separierenden Nachlasses enthalten. Um als Separationsberechtigte in Frage zu kommen, mußten die Nachlaßgläubiger und Legatare ferner nachweisen, daß ihnen überhaupt eine Forderung gegen den Verstorbenen zugestanden war, oder daß ihnen dieser ein Legat ausgesetzt hatte. Unerläßlich dürfte es endlich auch gewesen sein, daß der Antragsteller genauestens sein rechtliches Interesse und das Fehlen jeglicher chikanösen Absicht glaubhaft machte.

Alle diese Voraussetzungen prüfte der Prätor nach freiem Ermessen; ohne an irgendwelche bestimmte Regeln gebunden zu sein, konnte er von Fall zu Fall so entscheiden, wie er es nach den besonderen Umständen für recht und billig hielt und wie es nach seiner Auffassung den beiderseitigen Interessen am meisten entsprach. „De his autem omnibus, an admittenda sit separatio necne, praetoris erit vel praesidis notio, nullius alterius, hoc est eius, qui separationem indulturus est.“ [1]) Nach dieser causae cognitio erlies dann der Prätor ein Spe-

[1]) L. I § 14 Dig. 42, 6.

zialdekret, das die Entscheidung darüber enthielt, ob der Antrag abgewiesen, oder aber ob die Separation erteilt wurde: „Sciendum est, separationem solere impetrari decreto praetoris“. [1])

§ 5.

Der Rechtszustand nach Erteilung des Beneſiziums.

Durch die Genehmigung der Separation wurden die aus dem Erbfall entsprungenen persönlichen Verhältnisse des Erben nicht im geringsten berührt. Die Separation griff grundsätzlich nicht weiter in die Rechtssphäre des Erben ein, als zur Befriedigung und Sicherung der Nachlaßgläubiger erforderlich war; sie hatte aus diesem Grunde auch nicht die Macht, die Wirkung des Erbschaftsantritts wieder vollkommen zu zerstören und die Repräsentation des Erblassers durch den Erben wieder aufzuheben. Der Erbe verkörperte nach wie vor die Person des Erblassers und blieb infolgedessen auch rechtlich der Inhaber der Erbschaft und Subjekt aller einzelnen in der Erbschaft enthaltenen Vermögensverhältnisse. Die Wirkung der Separation lag vielmehr, dem Zweck der ganzen Einrichtung entsprechend, mehr auf praktischem, vermögensrechtlichem Gebiete, insoferne, als sie nur die confusio zwischen dem Nachlaß und dem Erbenvermögen wieder löste.

Diese Trennung ist nun nicht so aufzufassen, als ob jetzt vom Erben ein der Höhe der Schulden entsprechender Bruchteil der Erbschaft oder gar nur bestimmte Nachlaßgegenstände den Gläubigern zu ihrer Befriedigung ausgehändigt worden wären; sie ist auch nicht so aufzufassen, als ob eine Summe einzelner selbständiger Rechte und Gegenstände, die in ihrer Gesamtheit ehedem das Vermögen des Erblassers gebildet hatten, wieder aus dem Vermögenskreise des Erben herausgenommen worden wären. [2]) Abgesondert wurde vielmehr, wie die herrschende Lehre wohl richtig annimmt, die Erbschaft als Ganzes, als festverbundene Einheit aller Schulden und Rechte des Erblassers, die zwar bisher mit dem Erbenvermögen in gewissem Sinne vermischt, aber keineswegs zu einem untrennbaren Ganzen verschmolzen waren. [3]) Die Erteilung der Separation hatte also die Wirkung, „daß die durch den Erbschafts-

[1]) L. I § 1 Dig. 42, 6.

[2]) Vergl. Jäger, a. a. O. Seite 30.

[3]) Oertmann in Iherings Jahrbuch 1895 Seite 82 ff.

antritt erfolgte Vereinigung der Vermögenskreise des Erben und des Erblassers wieder aufgehoben wurde" [1]), und daß der Nachlaß so behandelt wurde, als ob er noch nie mit dem Erbenvermögen verbunden gewesen wäre. Er bildete jetzt ein vollkommen selbständiges Sondervermögen, mit der Eigenschaft, seine eigenen Schuldner und seine eigenen Gläubiger zu haben.

Dieser abgesonderte Nachlaß mußte nun auf irgend eine Weise verwertet und den Separatisten zu ihrer Befriedigung zugänglich gemacht werden. Die Art und Weise dieser Verwertung ist jedoch in den Quellen nicht ausdrücklich überliefert, wie überhaupt alle formellen Vorschriften wenig ausführlich behandelt sind. Eine ganze Reihe von Autoren vertritt nun den Standpunkt, daß die Erteilung des Beneficiums zwangsläufig und in allen Fällen zu einer immissio creditorum in den separierten Nachlaß mit darauffolgender venditio bonorum und anteilsmäßiger Befriedigung der Gläubiger geführt habe. Ein allenfalls überbleibender Rest sei eben dann dem Erben wieder zurückgegeben worden. [2])

Eine stichhaltige Begründung dieser Auffassung läßt sich wohl schwerlich angeben, und es läßt sich auch gar nicht einsehen, was die Römer dazu veranlaßt haben soll, den separierten Nachlaß dem immerhin ungewissen Erfolg der venditio auszusetzen. Es war doch mit der Separation ein Zustand geschaffen, der die Erbschaftsgläubiger wieder in die gleiche Lage zurückversetzte, in der sie sich vor dem Erbfall befunden hatten. Der Wechsel im Subjekt des Nachlasses und der Uebergang desselben vom Erblasser auf den Erben hatte ja nach der Separation keinen Einfluß mehr auf die Stellung der Nachlaßgläubiger. Warum sollte also unter den gleichen Voraussetzungen, die zu Lebzeiten des Erblassers nie zu einer bonorum venditio geführt hätten, jetzt plötzlich eine so außergewöhnliche und durch nichts gerechtfertigte Maßnahme ergriffen worden sein? Es konnten doch die Nachlaßgläubiger auf die gleiche Weise zu ihrem Recht kommen, wie vor dem Erbfall, sei es, daß sie freiwillig befriedigt wurden, sei es, daß sie neben der impetratio beneficii separationis noch weitere Maßregeln ergreifen mußten.

Umgekehrt hätte eine bonorum venditio bei nicht überschuldetem Nachlaß zu den größten Unzuträglichkeiten führen müssen. Es ist doch ohne Zweifel anzunehmen, daß bei ihr, ähnlich wie bei unserer heutigen Zwangsversteigerung von Grundstücken, nur selten ein wünschenswertes und günstiges

[1]) Oertmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 17, Seite 285.

[2]) Vergl. Dernburg Preuß. Priv. R. III S. 680; Sintenis, III S. 508; Bertheau a. a. O.

Ergebnis dadurch erzielt wurde, daß der Emptor einen dem Wert des Nachlasses auch nur annähernd entsprechenden Preis bezahlte. Hielten sich nun in Wirklichkeit der Aktivwert des Nachlasses und seine Schulden die Wage, so mußten bei einem schlechten Verkaufsergebnis die Nachlaßgläubiger mit einem vielleicht nicht unbedeutenden Teile ihrer Forderungen ausfallen, obwohl in Wirklichkeit der Nachlaß nicht im Entferntesten insolvent war. In allen Fällen hätte aber mindestens der Erbe unter einer solchen ungünstigen Veräußerung leiden müssen, denn die Folge wäre letzten Endes immer eine Verkürzung des ihm nach der Befriedigung der Nachlaßgläubiger noch verbleibenden Anteils gewesen.

Auch aus den Quellen läßt sich ein überzeugender Beweis dafür nicht erbringen, daß auf die Separation notwendig die venditio des Nachlasses erfolgte. Auf den ersten Blick sprechen allerdings zwei Stellen, L. I § 1 und L. I § 6 für diese Ansicht, da sie die bonorum venditio unmittelbar mit der separatio in Zusammenhang bringen; in Wirklichkeit aber beweisen sie gar nichts, da sie nur konkrete Beispiele darstellen, die ganz andere Rechtsfragen beleuchten sollen, und die ad hoc von Ulpian gebildet wurden. Besonders deutlich ist dies bei L. I § 6 zu erkennen, wo der schon oben erwähnte Quasiseparationsfall behandelt ist: „si quis suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire". Es handelt sich also hier ausdrücklich um einen überschuldeten Nachlaß, und wenn es dann an dieser Stelle weiter heißt: „ut perinde testatoris bona venirent", so beweist das gar nichts für den Fall einer nicht überschuldeten Separationsmasse. Aehnlich ist es bei L. I § 1. Hier sagt schon der Ausdruck „utputa", daß es sich nur um ein einziges Beispiel handelt, und daß hier Ulpian keineswegs eine allgemeine Regel für die Wirkung der Separation aufstellen wollte, noch dazu, wo er in diesem Abschnitt, gewissermaßen als Einleitung für seine weiteren Ausführungen, nur einen allgemeinen Ueberblick über das Wesen und die Notwendigkeit der Separation gibt.

Die Verwaltung und Verwertung des separierten Nachlasses geschah vielmehr in der Weise, daß vom Prätor oder von den Gläubigern mit Genehmigung des Prätors ein curator aufgestellt wurde. Dieser führte an der Stelle des Erben die Geschäfte des Nachlasses bis zur Befriedigung der Gläubiger weiter und lieferte dann einen allenfalls noch verbleibenden Rest wieder an den Erben ab. Ergab sich allerdings bei dieser Verwaltung, daß der Nachlaß tatsächlich überschuldet war, dann konnte immer noch eine bonorum venditio herbeigeführt werden. [1])

[1]) Vergl. Windscheid III S. 607; Dabelow III S. 137.

§ 6.

Das Verhältnis der nicht voll befriedigten Separatisten zum Erbenvermögen.

I. Der ganzen Natur der Sache nach war es sehr leicht möglich, daß die Nachlaßgläubiger sich bei der Berechnung und Schätzung des Nachlasses einerseits und des Vermögens und der Schulden des Erben andererseits zu ihren Ungunsten irrten, daß also der Nachlaß nicht zu ihrer vollständigen Befriedigung ausreichte, während umgekehrt das Erbenvermögen die Schulden des Erben leicht deckte und sogar noch einen Ueberschuß ergab. Es erhob sich nun begreiflicherweise die Frage, ob nicht die Nachlaßgläubiger die Folgen dieser für sie außerordentlich nachteiligen Separation dadurch wieder aufheben konnten, daß sie sich einfach, soweit sie nicht befriedigt waren, an das Erbenvermögen hielten. In den Quellen finden wir diese Frage an drei Stellen behandelt:-

a.) L. III § 2 Dig. h. t. sagt: Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores fuerint dimissi. Quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis.

Papinian will hier also den separierenden Nachlaßgläubigern ein Rückgriffsrecht auf das Vermögen des Erben gewähren, wenn sie mit einem Teile ihrer Forderung dadurch ausgefallen sind, daß der Nachlaß insuffizient war. Allerdings scheint er selbst von der Richtigkeit seiner Meinung nicht ganz überzeugt gewesen zu sein, sonst hätte er wohl bestimmtere und klarere Ausdrücke gewählt, als zum Beispiel „probari commodius est". Am auffallendsten ist es aber, daß er dieses Prinzip des Rückgriffs nur für die Gläubiger des Erben gegenüber dem Nachlaßrest für unzweifelhaft — sine dubio — erklärt. Damit gibt er ohne weiteres zu verstehen, daß die von ihm vertretene Ausdehnung dieses Grundsatzes auf das Verhältnis der Separatisten zum Erbenvermögen eben nur seiner persönlichen Meinung entsprach, aber keinesfalls eine anerkannte Regel bildete.

b.) In schroffem Gegensatz zu Papinian steht Paulus in L. V Dig. h. t.: Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt, et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus: non poterunt reverti ad heredem, sed eo quod semel postulaverunt, stare debent. — Quod si proprii ad solidum pervenerunt, id quod supererit, tri-

buendum hereditariis quidam putant. Mihi autem id non videtur: cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta recipere non possunt.

Paulus spricht sich also ganz entschieden für die gegenteilige Ansicht aus und will unter keinen Umständen einen Rückgriff auf das Erbenvermögen zulassen. Er stellt sich damit offenkundig und bewußt der Meinung Papinians entgegen, denn dieser dürfte doch in erster Linie mit dem Ausdruck „quidam putant" gemeint sein.

c.) Eine etwas mehr vermittelnde Stellung nimmt Ulpian in L. I § 17 Dig. h. t.: Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, sie quid superfuerit ex bonis testatoris posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cuius rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt iustissima scilicet ignorantiae causa allegata.

Grundsätzlich will also auch Ulpian nicht gestatten, daß sich die nicht voll befriedigten Separatisten an die bona heredis halten. Er mildert aber diese Regel erheblich ab und gesteht ihnen eine restitutio in integrum für den Fall zu, daß sie durch einen entschuldbaren Irrtum dazu verleitet wurden, das beneficium separationis zu erwirken.

II. Diese scheinbare Antinomie im Römischen Recht hat in der Wissenschaft schon frühzeitig einen lebhaften Streit hervorgerufen. Es wurden die verschiedensten Versuche gemacht, den Widerspruch der Quellen zu erklären und die grundsätzliche Tendenz des Römischen Rechts in dieser Frage zu ermitteln; jedoch ebenso verschieden wie die Versuche waren meistens auch die Ergebnisse, zu denen die einzelnen Autoren gelangten. Im großen und ganzen lassen sich in dem Streite der Meinungen drei verschiedene Gruppen unterscheiden:

a.) Windscheid kommt zu folgendem Ergebnis:[1]) Reichte die Erbschaft zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger nicht aus, so war es ihnen nicht verwehrt, sich auch noch an das Vermögen des Erben halten, allerdings nur für den Ueberschuß, der nach der Befriedigung der Gläubiger des Erben noch übrig

[1]) Windscheid Pand. § 607.

blieb. Die Quellen widersprechen sich hier; eine Vereinigung der Stellen erscheint unmöglich, sie heben sich also gegenseitig auf. Da demnach die Quellen keine maßgebende Entscheidung enthalten, muß man dabei stehen bleiben, daß der Erbe mit dem Antritt der Erbschaft immerhin Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden war, und daß er es mangels einer gegenteiligen Vorschrift auch nach Aufhebung der Separation noch blieb. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen auch Dabelow, Wendt und Vering. [1])

Diese Lösung hat vielleicht den Schein einer gewissen Richtigkeit für sich, besonders, da sie in ihrem Ergebnis mit der Auffassung Papinians, des bedeutendsten der drei in Frage kommenden römischen Autoren übereinstimmt; befriedigend ist sie jedoch auf keinen Fall, da es zweifellos verdienstvoller wäre, die Meinungen der drei Juristen auf irgend einer Grundlage zu vereinigen, als sie einfach beiseite zu stellen.

b.) Auf dem entgegengesetzten Standpunkt stand im allgemeinen die gemeinrechtliche Doktrin und dieser folgen auch verschiedene neuere Schriftsteller. Allerdings können sie ihre Ansicht nicht eigentlich aus den Quellen als solche beweisen; sie arbeiten vielmehr mit Ueberlegungen die objektiv ohne Zweifel richtig sind, die aber trotz aller Richtigkeit den Widerspruch der Quellen nicht beheben. Ihr Grundgedanke ist hauptsächlich der, daß die Nachlaßgläubiger, wenn sie die Separation verlangen, offenkundig auf ihre Ansprüche gegen den Erben als persönlichen Schuldner verzichten und deshalb auch kein Rückgriffsrecht mehr haben, wenn sie mit einem Teile ihrer Forderungen beim Nachlaß ausgefallen sind. Zu dieser Gruppe von Schriftstellern gehören hauptsächlich Hofmann, Oertmann, Puchta, Sintenis, Arndts und Keller; [2]) einige von ihnen, zum Beispiel Keller stellen sich dabei auf den etwas milderen Standpunkt Ulpians und glauben, daß den Nachlaßgläubigern unter den entsprechenden Voraussetzungen eine restitutio in integrum gewährt wurde.

c.) Am richtigsten und am meisten befriedigend erscheint die Ansicht Dernburgs, der in dem Widerspruch der Quellen eine notwendige historische Entwicklung erblickt und damit die ganze Frage klärt. [3]) Nach seiner Ansicht stand Papinian noch auf dem Boden des strengen Zivilrechts und glaubte deshalb, den Erben trotz der Separation nicht von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten befreien zu können. Dieser Zustand

[1]) Dabelow a. a. O. — Wendt a. a. O. § 376; Vering a. a. O. S. 516.

[2]) Hofmann S. 574; Oertmann a. a. O.; Puchta Pand. § 509; Sintenis III § 186; Arndts Pand. § 524; Keller Pand. § 536.

[3]) Dernburg Pand. § 170.

bedeutete jedoch eine unerträgliche Härte für den Erben und auf die Dauer konnten sich auch die römischen Juristen dieser Erwägung nicht verschließen. So kam es, daß schon die beiden Assessoren Papinians, Ulpian und Paulus, sich auf einen ganz anderen Standpunkt stellten und dem ius aequum dadurch Geltung verschafften, daß sie jedes Rückgriffsrecht der Separationsgläubiger grundsätzlich ablehnten und nur unter Umständen eine restitutio in integrum zuließen.

2. Teil:

Das beneficium separationis nach § 1981/II B. G. B.

§ 7.

Die Entwicklung bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Mit der Rezeption des römischen Rechtes wurde auch das beneficium separationis für das deutsche Rechtsgebiet übernommen und bildete ein nicht unwesentliches Institut des gemeinen Rechts. Im großen und ganzen behielt es hier auch die Form, die es im römischen Recht gehabt hatte, wenn sich auch in der Wissenschaft und Praxis manche unbedeutende Abweichungen entwickelten. [1])

Ebenso übernahmen die verschiedenen Partikularrechte, die in den einzelnen deutschen Ländern geschaffen wurden, fast ausnahmslos das beneficium separationis, doch gingen sie in mancher Beziehung ihre eigenen Wege. Sie hielten sich im allgemeinen nicht mehr so streng an die im römischen Recht gegebene Vorlage, sondern bemühten sich, ihre Vorschriften den wirtschaftlichen Verhältnissen ihrer Zeit und dem Fortschreiten der ganzen Rechtsentwicklung anzupassen.

Für das bayrische Rechtsgebiet finden sich die wichtigsten einschlägigen Vorschriften im Codex iuris Bavarici iudiciarii von 1753, der in Kap. XX § 17 folgende Regelung traf: „Ius separationis extraordinarium heißt

1.) Wenn die Gläubiger das Vermögen ihres Schuldners von dem Vermögen des Erben zu separieren verlangen, damit

[1]) So lehrte die gemeinrechtliche Wissenschaft, daß die Separation ohne irgendwelche Voraussetzungen genehmigt werden müsse, ein Standpunkt, der unzweifelhaft über das römische Recht hinausgeht.

sie nicht mit den Gläubigern des letzteren vermischt, sondern jeder von den Mitteln desjenigen, dem er geborgt hat, befriediget werde. Es kommt aber dasselbe

2.) allen und jeden creditoribus, sowohl chirographariis als hypothecariis ohne Unterschied, wie nicht weniger den legatariis, donatariis und fideicommissariis wider die Gläubiger des Erben zugute, wogegen

3.) diese letzteren wider die ersteren sich dieses Rechts keineswegs zu erfreuen haben, außer wenn der Erbe das Inventarium gegen ausdrückliches Begehren seiner Gläubiger zu errichten unterlassen hat.

4.) Muß die Separation vor der ordentlichen Obrigkeit des Erben und zwar von allen Gläubigern gesucht werden, denn wer dieselbe nicht ausdrücklich begehrt, wird unter die Gläubiger des Erben geworfen.

5.) Soll hiebei allzeit cum causae cognitione und mit Zuziehung aller interessierten Teile verfahren, auch, wo kein Inventarium vorhanden ist, die Sache nach richterlichem Gutdünken der Billigkeit gemäß geschlichtet werden. Nach der separatio entstehen

6.) zwei verschiedene massae bonorum, folglich auch nach der Beschaffenheit des beiderseitigen status activi et passivi ein zweifacher Konkursprozeß, welcher nicht mit einander vermischt werden soll. Und wer nun

7.) mittels der erlangten Separation das seinige bei dem abgesonderten Vermögen nicht hat erlangen können, kann sich an das andere Vermögen nicht mehr halten, außer per viam restitutionis in integrum, wenn anders die dazu gehörigen Erfordernisse vorhanden sind.

8.) Findet endlich mehrgedachtes ius separationis in folgenden Fällen nicht statt: Erstlich, wenn der Erbe sowohl für seine als seines Erblassers Gläubiger solvendo ist; zweitens, wenn von der Zeit des Erbschaftsantrittes an fünf Jahre verflossen sind, ohne daß man sich unter dieser Zeit um die Separation gemeldet hat, wobei Unwissenheit niemand entschuldigen soll. Drittens, wenn die Erbschaftsgüter bereits bona fide von dem Erben distrahiert, veräußert, verzehrt oder viertens mit den seinigen dergestalt vermischt sind, daß die separatio nicht gut mehr möglich ist. Fünftens endlich, wenn man sich derselben ausdrücklich oder stillschweigend begeben hat."

Diese Regelung blieb im Gebiete des Kurfürstentums und späteren Königreichs Bayern in Kraft, bis kurz vor dem bürgerlichen Gesetzbuch durch Art. 87 des bay. Ausführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung vom 23. II. 1879 noch eine Aenderung

und Vereinfachung getroffen wurde: „Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer können Absonderung der Nachlaßgegenstände vom Vermögen des Erben zum Zwecke ihrer Befriedigung aus demselben verlangen, solange die Nachlaßgegenstände gesondert verwaltet werden. Die Absonderung kann auch außer diesem Fall innerhalb eines Jahres nach dem Erbschaftsantritt verlangt werden, soweit die Nachlaßgegenstände noch bei dem Erben in Natur vorhanden und nicht mit seinem Vermögen in eine solche Verbindung gebracht sind, daß eine Absonderung untunlich erscheint, oder soweit die Gegenleistung für veräußerte Gegenstände noch aussteht. Das Recht, Absonderung zu verlangen, steht jedem einzelnen Gläubiger zu; es geht verloren, wenn dieser den Erben als Schuldner annimmt."

Beide Gesetze zeigen deutlich die Vorherrschaft römisch-rechtlicher Grundsätze und Gedanken. Auf einer ähnlichen Grundlage beruhen auch die übrigen deutschen Landesrechte, so das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch (§ 2333 ff.) und das Preußische Allgemeine Landrecht (I. Teil, 16. Titel, § 500 ff.)[1]

Erst dem Bürgerlichen Gesetzbuch war es vorbehalten, eine einheitliche Regelung für das ganze deutsche Reich zu treffen. Allerdings mußten dabei nicht unbedeutende Gegensätze überbrückt werden, und es bedurfte langwieriger Verhandlungen, bis das beneficium separationis in seiner heutigen Gestalt zustandekam. Schon im ersten Entwurf fand sich zwar ein gewisses beschränktes Absonderungsrecht, in Gestalt eines Antragsrechtes auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses; eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger kannte jedoch der erste Entwurf nicht.[2] Erst in der zweiten Kommission wurde im Anschluß an die Zulassung der Nachlaßverwaltung auf Antrag des Erben auch ein Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger außerhalb des Nachlaßkonkurses dadurch geschaffen, daß ihnen das Recht zuerkannt wurde, auch ihrerseits die Nachlaßverwaltung zu beantragen. Meinungsverschiedenheiten bestanden hier nur mehr bezüglich der Voraussetzungen, unter welchen den Gläubigern das Antragsrecht zugestanden werden sollte.[3] Es standen sich drei Anträge gegenüber: Der erste Antrag wollte das Separationsrecht den Nachlaßgläubigern nur dann zugestehen, wenn ihre Befriedigung aus dem Nachlaß durch den Zugriff anderer Gläubiger des Erben gefährdet sei. Nach dem zweiten, weitergehenden Vorschlag sollte das Antragsrecht auch auf den Fall ausgedehnt werden, daß der Erbe von der aufschiebenden Einrede des § 2014

[1] Vergl. auch Code civil Art. 878 ff.

[2] Motive Bd. V S. 685.

[3] Protokolle Bd. V S. 820.

Gebrauch macht und die Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten bis zum Ablauf der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft verweigert. Erst der dritte Antrag enthielt eine befriedigende Lösung und mit seiner Annahme wurde der heutige § 1981/II B.G.B. geschaffen: „Auf Antrag eines Nachlaßgläubigers ist die Nachlaßverwaltung anzuordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird. Der Antrag kann nicht mehr gestellt werden, wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind."

Das geltende Recht kennt also zwei Fälle der Separation durch die Nachlaßgläubiger, nämlich den Nachlaßkonkurs und die Nachlaßverwaltung. Nach § 217 K.O. kann jeder Nachlaßgläubiger die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen, wenn der Nachlaß überschuldet ist. Mit der Anordnung des Konkurses tritt dann gleichzeitig eine Separation zugunsten der Nachlaßgläubiger dadurch ein, daß der Nachlaß vom übrigen Vermögen des Erben getrennt und dem Zugriff der Erbengläubiger entzogen wird. Diese Wirkung ist jedoch hier nicht so sehr gewollt, wie eine andere, die der Nachlaßkonkurs gleich jedem anderen Konkurs als Hauptzweck erfüllen will, nämlich die anteilsmäßige Befriedigung aller Gläubiger. Das Separationsrecht soll aber doch einem ganz anderen Zwecke dienen, nämlich dem Schutze des Nachlasses gegen die Gefahren, die ihm von Seiten des Erben oder dessen Gläubiger drohen. Diesem Erfordernis wird allein der § 1981/II B.G.B. gerecht, da er das Antragsrecht nicht an die Voraussetzung der Nachlaßüberschuldung knüpft, wie es die Konkursordnung in § 215 tut.

§ 8.

Die Separationsberechtigten nach § 1981/II B.G.B.

Der Absatz II des § 1981 B.G.B. gewährt das beneficium separationis „den Nachlaßgläubigern", ohne sich näher darüber auszulassen, wer als Nachlaßgläubiger anzusehen ist. Es ist in dieser Vorschrift eine stillschweigende Berufung auf § 1967/II B.G.B. zu erblicken, wo der Begriff der Nachlaßverbindlichkeiten und damit auch der Begriff der Nachlaßgläubiger eingehend definiert ist: „Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören außer den vom Erblasser herrührenden Schulden die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere die Verbind-

lichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen." Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft also eine ähnliche Zweiteilung, wie das römische Recht (creditores testatoris-quibus legatum est) und unterscheidet bei den Separationsberechtigten zwischen den eigentlichen Gläubigern des Erblassers und jenen Gläubigern, denen der Erbe als solcher haftet.

1.) Unter den Schulden des Erblassers sind alle jene Verbindlichkeiten zu verstehen, die im Zeitpunkt des Erbfalles schon rechtsgültig bestanden, ferner jene, die sich zwar erst nach dem Tode des Erblassers entwickelten, die aber ihren Grund in einer vom Erblasser noch zu seinen Lebzeiten geschaffenen tatsächlichen oder rechtlichen Lage haben, sodaß sie als Verbindlichkeiten des Erblassers hätten entstehen müssen, wenn dieser nicht zufällig vor ihrer Entstehung gestorben wäre.[1]) Alle diese Erblasserschulden gehen grundsätzlich mit dem Tode des Erblassers nicht unter; ihre Gläubiger werden vielmehr durch den Erbfall zu Nachlaßgläubigern und können als solche die Einleitung der Nachlaßverwaltung beantragen. Nur bei einzelnen Schuldverhältnissen ist dieses Weiterbestehen nicht gegeben. Die aus ihnen entspringenden Forderungen erlöschen vielmehr mit dem Erbfall und die Gläubiger verlieren gleichzeitig ihre Rechte, können also auch die Separation nicht mehr verlangen. Die hauptsächlichsten dieser, den Tod des Schuldners im Zweifel nicht überdauernden Verbindlichkeiten sind das schenkweise gegebene Versprechen auf eine wiederkehrende Leistung (§ 520), die Verpflichtung zur Leistung persönlicher Dienste (§ 613), die Verpflichtung des Beauftragten (§ 673), endlich die gesetzliche Unterhaltspflicht gegenüber Verwandten (§ 1615).[2])

Im wesentlichen unbestritten dürfte es im Gegensatz zum römischen Recht sein, daß auch die Pfandgläubiger des Erblassers die Nachlaßverwaltung beantragen können. Es besteht gar kein Grund, sie von diesem Rechte auszuschließen, da sie trotz ihres Pfandes unter Umständen das größte Interesse an der Separation haben können. Eine Streitfrage ist es dagegen, ob dem Bürgschaftsgläubiger das Benefizium des § 1981/II zusteht, wenn der Bürge vom Hauptschuldner beerbt worden ist. Im römischen Recht war dies eindeutig zugegeben. Auch der § 678 des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch ließ die Bürgschaftsschuld, wenn der Bürge vom Hauptschuldner beerbt wurde, ausdrücklich fortbestehen, und zwar insoweit, als

---

[1]) Z. B. eine Kreditbürgschaft des Erblassers, auf Grund deren nach dem Erbfall noch Kredit ausgegeben wurde; — Verpflichtungen aus wechselrechtlichen Indossamenten.

[2]) Nicht dagegen die gegenüber dem unschuldig geschiedenen Ehegatten entstandene Unterhaltspflicht, ebenso nicht die Unterhaltspflicht gegenüber dem unehelichen Kinde.

dieses Fortbestehen im Interesse der Gläubiger liegt. [1]) In der zweiten Kommission wurde dagegen diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen. Es ist infolgedessen anzunehmen, daß auch im heutigen deutschen Recht die Verpflichtung aus der Bürgschaft nicht ohne weiteres mit dem Tode des Bürgen und mit der Beerbung desselben durch den Hauptschuldner untergeht. Grundsätzlich erlischt sie allerdings; das hat aber seinen Grund darin, daß die Gläubiger in den meisten Fällen kein Interesse an der zweimaligen Haftung des Erben — als Hauptschuldner und als Erbe des Bürgen — haben, nicht aber darin, daß eine solche zweimalige Haftung eine logische Unmöglichkeit wäre. Soweit dagegen der Bürge ein Interesse an der Fortdauer der Bürgschaft hat, gehen ihm die aus derselben entspringenden Rechte nicht verloren und er kann deshalb als Inhaber dieser Rechte auch die Nachlaßverwaltung beantragen. [1]) Eine gegenteilige Entscheidung wäre im höchsten Grade unbillig, da der Gläubiger durch die Vereinigung der beiden bisherigen Schuldner in der Person des Hauptschuldners doch nicht in eine schlechtere Rechtslage versetzt werden darf.

2.) Die Nachlaßverwaltung kann ferner von allen jenen Gläubigern beantragt werden, für deren Forderungen der Erbe als solcher haftet. Hieher gehören in erster Linie die Pflichtteilsberechtigten, die Vermächtnisnehmer und jene Personen, die aus einer Auflage berechtigt sind. Unter Umständen kann auch ein Miterbe unter diese Gruppe fallen, wenn ihm nämlich der Erblasser ein Vorausvermächtnis zugewandt hat. Er ist dann bezüglich dieses Vorausvermächtnisses Nachlaßgläubiger mit allen Rechten und Pflichten eines solchen. [2])

Nachlaßgläubiger, denen der Erbe als solcher haftet, — und somit separationsberechtigt — sind auch der Ehegatte, der den Voraus verlangen kann (§ 1932), die unterhaltsberechtigte Mutter eines noch nicht geborenen Erben (§ 1963), die Familienangehörigen des Erblassers, denen der Erbe den sogenannten Dreißigsten gewähren muß (§ 1969), dritte Personen, die in eigenem Namen, aber in Vertretung des Erben die Beerdigung des Erblassers angeordnet und dafür Aufwendungen gemacht haben, ferner die Inhaber der aus der Todeserklärung des Erblassers, aus der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen, aus der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses, aus der Nachlaßpflegschaft, der öffentlichen Aufforderung zur Anmeldung von Erbrechten, dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger sowie der Inventarerrichtung entstandenen Kostenforderungen. [3]) Endlich gehören hieher auch die Nachlaßpfleger, die Testaments-

[1]) Vergl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 767.
[2]) R.G.Z. Bd. 93 S. 197.
[3]) Vergl. § 224 K.O.

vollstrecker und der vorläufige Erbe, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, bezüglich der ihnen aus ihrer Geschäftsführung zustehenden Ansprüche.

3.) Jede dieser Personen hat für sich und unabhängig von allen übrigen das Antragsrecht aus § 1981. Doch hat die nur von einem Teil der Nachlaßgläubiger beantragte Nachlaßverwaltung eine weitaus intensivere Wirkung, als das nur auf Ersuchen eines einzelnen Gläubigers erteilte beneficium separationis der Römer. Während dieses letztere nur zugunsten des Antragstellers gegeben wurde und alle übrigen Gläubiger in ihrer rechtlichen Stellung vollkommen unberührt ließ, wirkt die Nachlaßverwaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches, gleichviel, ob sie von einem oder von allen Gläubigern beantragt wurde, für alle Gläubiger, denn nur so kann sie ihrem Zweck, „der Befriedigung der Nachlaßgläubiger" gerecht werden.

§ 9.

Das Verfahren.

1.) Die Nachlaßverwaltung wird nicht von amtswegen eingeleitet, wie dies z. B. bei den Maßregeln zur Sicherung des Nachlasses nach § 1960 der Fall ist; es ist vielmehr ein Antrag nötig, der binnen einer Frist von zwei Jahren seit der Annahme der Erbschaft eingereicht werden muß. Diese zeitliche Beschränkung ist bedingt durch die Rücksicht auf die Lage des Erben und auf den Schutz derjenigen Gläubiger des Erben, die nicht Nachlaßgläubiger sind. [1]) Die Separationsberechtigten haben ja während dieser zwei Jahre reichlich Zeit, sich von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Erben und von der Art und Weise, wie er den Nachlaß verwaltet, zu überzeugen. Nötigenfalls können sie auch während dieser Frist ihre Forderung eintreiben oder zum mindesten genügend sicherstellen lassen, sodaß ihnen ein berechtigtes Interesse an der Separation nach so langer Zeit nicht mehr zugestanden werden kann. Andererseits wäre es für den Erben wie für seine persönlichen Gläubiger außerordentlich mißlich, wenn der ungewisse und unsichere Zustand, der mit dem Antragsrecht der Nachlaßgläubiger geschaffen ist, auf unbestimmte Zeit ausgedehnt werden könnte. Der Erbe könnte dann nie in voller Freiheit über den Nachlaß verfügen, ohne sich für den Fall einer möglicherweise noch kommenden Nachlaßverwaltung ersatzpflichtig zu machen; ebenso unsicher wäre die Lage der persönlichen Gläubiger des Er-

[1]) Denkschrift Seite 265.

ben, die doch nicht für alle Zeiten darüber im Ungewissen belassen werden können, ob ihnen der Nachlaß sicher neben dem persönlichen Vermögen des Erben haftet, oder ob er nicht noch durch die Nachlaßverwaltung ihrem Zugriff entzogen wird.

Sind mehrere Erben vorhanden, die nicht gleichzeitig angenommen haben, so beginnt die zweijährige Frist erst mit der letzten Annahme zu laufen. Für die Berechnung der Frist selbst gelten die Vorschriften des Allgemeinen Teiles; sie beginnt also, da der Tag der Erbschaftsannahme noch nicht mitgezählt wird, (§ 187/I) mit dem Ablauf dieses Tages und endet nach zwei Jahren mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tage entspricht, auf den die Erbschaftsannahme gefallen ist. (§ 188/II).

Die Form des Antrages bestimmt sich nach den Regeln, die für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im allgemeinen gelten. Es kommt also in erster Linie die Erklärung zu Protokoll des Urkundsbeamten beim zuständigen Gericht oder bei irgend einem andern Amtsgericht in Betracht. Daneben ist auch die Schriftform zulässig, die in jeder beliebigen Art gewahrt werden kann, gegebenenfalls auch durch ein Telegramm. Ebenso müßte eine mündliche Mitteilung, selbst eine solche durch den Fernsprecher, genügen, da ja für die Beantragung der Nachlaßverwaltung keine besonderen Vorschriften gegeben sind und für die freiwillige Gerichtsbarkeit grundsätzlich jedes im Verkehr übliche Verständigungsmittel zulässig ist. Allerdings dürfte die bloße mündliche Form unzweckmäßig und bei der Wichtigkeit des meist umfangreichen Antrags überhaupt nicht zu verwenden sein.

2.) Zuständig für die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist das Amtsgericht (§ 72 F.G.G.), und zwar das Amtsgericht des Wohnsitzes, den der Erblasser zur Zeit des Erbfalles hatte (§ 73/I/1 F.G.G.). Der Begriff des Wohnsitzes bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln, die in den §§ 7—11 B.G.B. aufgestellt sind. Bei mehrfachem Wohnsitz des Erblassers ist jedes Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser bei seinem Tode einen solchen hatte. Unter diesen nebeneinander kompetenten Gerichten gebührt demjenigen der Vorrang, das zuerst in der Sache tätig geworden ist. (§ 4 F.G.G.).

In Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit des Erbfalles seinen Aufenthalt hatte. (§ 73 I 2 F.G.G.). Eine solche Ermangelung des Wohnsitzes ist schon dann anzunehmen, wenn die Ermittelung desselben auf den nach Lage der Sache vernünftigerweise einzuschlagenden Wegen nicht möglich gewesen ist. [1]) Der Aufenthalt selbst ist ein rein tatsächliches

[1]) R.G.Z. Bd. 27 S. 401; vergl. auch Bay. Oberst. L.G. Bd. 10 S. 379.

Verhältnis, das durch die bloße körperliche Anwesenheit des Erblassers an einem bestimmten Ort geschaffen wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Erblasser diese Anwesenheit gewollt hat oder sich ihrer nicht einmal bewußt gewesen ist.

Hatte jedoch der Erblasser zur Zeit des Erbfalles im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so gelten verschiedene Bestimmungen, je nachdem es sich um einen Deutschen oder um einen Ausländer handelt. (§ 73/II, III F.G.G.). War der Erblasser ein Deutscher, so ist in diesem Falle das Gericht zuständig, in dessen Bezirk er seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte. Läßt sich dieser letzte Wohnsitz nicht ermitteln, so wird das zuständige Amtsgericht, falls der Erblasser zur Zeit des Erbfalles die Staatsangehörigkeit eines deutschen Landes besaß, von der betreffenden Landesjustizverwaltung, andernfalls vom Reichskanzler bestimmt. Unter diese Bestimmungen dürften auch jene Deutschen fallen, die das Recht der Exterritorialität genießen oder im Ausland als Beamte des Reichs oder eines deutschen Landes angestellt sind. Für diese bestimmt sich zwar grundsätzlich der Gerichtsstand in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 3 F.G.G., aber nur, wenn sie in einer solchen Angelegenheit als Beteiligte eine Rolle spielen. Der verstorbene Erblasser kann aber doch nicht mehr als am Nachlaßverfahren beteiligt gelten und infolgedessen sind hier die Vorschriften des § 73/II F.G.G. anzuwenden. [1])

War dagegen der Erblasser ein Ausländer, der bei seinem Tode im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt hatte, so ist jedes Gericht, in dessen Bezirk sich Nachlaßgegenstände befinden, in Ansehung aller im Inland befindlichen Nachlaßgegenstände zuständig, kann also auch die Nachlaßverwaltung über den ganzen inländischen Nachlaß anordnen. Als im Inland befindlich gelten auch jene Gegenstände, für die von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird, [2]) ebenso alle Ansprüche, für deren Ausklagung ein deutsches Gericht zuständig ist (§ 2369 B.G.B.). Alle diese Gerichte, in deren Amtsbezirk sich Nachlaßgegenstände tatsächlich befinden oder nach § 2369 als befindlich anzusehen sind, sind wiederum nebeneinander zuständig und zwar nach den näheren Bestimmungen der §§ 4 und 5 F.G.G. Völlig unerheblich ist es dabei, ob sich im Bezirk des einschreitenden Gerichtes der ganze Nachlaß oder nur ein einziger Nachlaßgegenstand von vielleicht ganz unerheblichem Werte befindet.

[1]) Vergl. Schlegelberger Anm. I zu § 73; Weißler S. 21.

[2]) Z. B. Grundbücher, Schiffsregister, Patentrollen, Reichs- und Landesschuldbücher.

Bei der Vielfältigkeit dieser Vorschriften ist es denkbar, daß die Nachlaßverwaltung von einem örtlich unzuständigen Gericht angeordnet wird; diese Anordnung ist gleichwohl nicht ungültig, sondern ebenso rechtswirksam wie wenn sie durch das zuständige Gericht erfolgt wäre. (§ 7 F.G.G.).

3.) Die beantragte Nachlaßverwaltung wird durch einen Beschluß des Amtsgerichts angeordnet. Die Anordnung kann jedoch abgelehnt werden, wenn eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist. (§ 1982). Der Nachlaß entspricht dann nicht den Kosten des Verfahrens, wenn zu erwarten ist, daß sich aus seiner Verwaltung ein die Kosten zum mindesten deckender Betrag nicht ergeben wird. Irrig dürfte die in der Praxis zum Teil vertretene Auffassung sein, daß eine den Kosten nicht entsprechende Masse schon dann anzunehmen sei, wenn die Kosten einen unverhältnismäßig großen Teil der Masse in Anspruch nehmen und das Befriedigungsobjekt zum Nachteile der Gläubiger unverhältnismäßig verringern würden. [1]) Diese Entscheidung ließe sich vielleicht de lege ferenda vertreten, sie entspricht aber nicht der geltenden Rechtslage und steht in direktem Widerspruch zum Wortlaut des § 1982.

Sowohl im Bürgerlichen Gesetzbuch wie auch im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Frage offen gelassen, ob das Gericht auch über einen geringfügigen Nachlaß die Nachlaßverwaltung anordnen muß, wenn der betreibende Gläubiger einen ausreichenden Kostenvorschuß einbezahlt. Für den Nachlaßkonkurs wie für den Konkurs überhaupt ist eine solche Möglichkeit in den §§ 107 I, 58 Nr. 1, 2 K.O. vorgesehen. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die Nachlaßverwaltung dürfte auf keine Bedenken stoßen, da ja auf diese Weise die durch § 1982 gewollte Sicherung ebenfalls erreicht wird. Im übrigen entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen über die Frage der Zulänglichkeit. Da sich aber in den meisten Fällen der Nachlaß in seinem ganzen Ausmaße nicht überblicken lassen wird, so kann trotz der größten Vorsicht manchmal der Fall eintreten, daß die Nachlaßverwaltung angeordnet wurde, obwohl die Kosten keineswegs durch die Masse gedeckt sind. Hier steht es dann dem Gerichte frei, nachträglich die angeordnete separatio wieder aufzuheben. (§ 1988 Abs. II). Aber auch hier wird man analog dem § 204 K.O. dem betreibenden Gläubiger das Recht zugestehen müssen, daß er durch Hinterlegung einer entsprechenden Sicherheit die Aufhebung abwenden kann.

In den beiden Fällen der §§ 1982 und 1988 II handelt es sich jedoch nicht um zwingende Vorschriften; es ist nur be-

[1]) Vergl. Beschluß des Kammergerichts in O.L.G. 3. Bd. 11, Seite 227.

stimmt, daß die Anordnung abgelehnt oder wieder aufgehoben werden „kann". Trotz Unzulänglichkeit des Nachlasses und trotz Kenntnis des Gerichtes von dieser Unzulänglichkeit wäre also die Erteilung des Benefiziums möglich und rechtlich wirksam.

Die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist durch das Nachlaßgericht von amtswegen in dem für solche Veröffentlichungen bestimmten Amtsblatt bekanntzumachen. (§ 1983). Ueber die Form dieser Veröffentlichung ist im Gesetz nichts bestimmt; ein einmaliges Einrücken muß infolgedessen genügen. Zweckmäßig wird es ferner sein, neben dem Inhalt des Anordnungsbeschlusses auch den Namen des Nachlaßverwalters und eine Aufforderung zur Anmeldung der Nachlaßforderungen zu veröffentlichen. [1])

Das Gericht ist zu dieser Bekanntmachung verpflichtet. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Anordnung der Verwaltung erst mit der Veröffentlichung im Amtsblatt wirksam wird. Die Wirksamkeit tritt vielmehr schon mit dem Erlaß des Beschlusses ein und ist von der Bekanntgabe unabhängig. Nur bei den Wirkungen aus § 1984 B.G.B., § 8 K.O. ist der Zeitpunkt der Veröffentlichung von Bedeutung. [2])

Um die volle Wirksamkeit der Nachlaßverwaltung herbeizuführen und um eine Schädigung der Nachlaßgläubiger zu vermeiden, die dadurch eintreten könnte, daß nach den Vorschriften der §§ 892, 893 B.G.B. gutgläubige Dritte auch nach erfolgter Separation vom Erben solche Grundstücke erwerben können, die zum Nachlaß gehören, hat der Nachlaßverwalter das Recht und die Pflicht, die Anordnung der Verwaltung ins Grundbuch eintragen zu lassen, und zwar bei allen Grundstücken, die dem Erben als solchen gehören, wie auch bei allen Rechten an fremden Grundstücken und Grundstücksrechten, als deren Inhaber der Erblasser oder der Erbe als dessen Rechtsnachfolger eingetragen ist. Für die Notwendigkeit und Zulässigkeit dieser Vermerkung der Nachlaßverwaltung im Grundbuch spricht auch die Analogie zu § 113 K.O., § 53 G.B.O. und § 19 des Gesetzes über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Ganz besonders aber ergibt sie sich aus der Vorschrift des § 7 K.O. im Zusammenhang mit § 1984 B.G.B.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat ebenso wie das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Frage offen gelassen, ob das Nachlaßgericht die Nachlaßverwaltung auch von amtswegen in das Grundbuch eintragen lassen kann. Für das bayerische Rechtsgebiet hat hier der § 79 der bayerischen Nachlaßordnung eine Lösung geschaffen, welcher vor-

[1]) Vergl. § 78 bay. Nachl. O.

[2]) Vergl. R.J.A. Bd. 8 Seite 31.

schreibt, daß neben dem Nachlaßverwalter das Nachlaßgericht von amtswegen das Grundbuchamt um Eintragung zu ersuchen hat, soweit ihm Grundstücke oder Rechte der oben bezeichneten Art bekannt sind. [1])

4.) Lehnt das Amtsgericht den Antrag eines Nachlaßgläubigers auf Anordnung der Nachlaßverwaltung ab, so steht dem Antragsteller das Recht zu, sich gegen die Ablehnung zu beschweren. Es handelt sich dabei um eine einfache Beschwerde nach § 20 F.G.G., die sowohl beim iudex a quo als auch beim iudex ad quem eingereicht werden kann, und zwar in der Form einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zu Protokoll des Urkundsbeamten (§ 21 F.G.G.). Ist der Antrag von mehreren Nachlaßgläubigern gestellt worden, so kann jeder einzelne für sich Beschwerde einlegen. [2]) Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist die weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht zulässig, wenn eine Verletzung des Gesetzes vorliegt.

Wurde dagegen auf den Antrag der Gläubiger die Nachlaßverwaltung angeordnet, so kann sich jeder einzelne Erbe darüber beschweren, ebenso der Testamentsvollstrecker, der zur Verwaltung des Nachlasses berufen ist. (§ 76 F.G.G.). Die Beschwerde ist hier keine einfache, sondern eine sofortige nach der Vorschrift des § 22 F.G.G. Sie muß eingelegt werden binnen einer Frist von zwei Wochen und zwar beginnt diese Frist mit dem Zeitpunkt, in welchem der Beschluß des Nachlaßgerichts dem Beschwerdeführer bekannt wurde. Auch hier ist unter den Voraussetzungen des § 27 F.G.G. eine weitere Beschwerde zulässig.

§ 10.

Die Voraussetzungen der Separation nach § 1981/II.

I. Die Gefährdung der Gläubiger.

1.) Schon im römischen Recht fanden sich vereinzelte Bestimmungen, welche die Gewährung der Separation an gewisse

[1]) Der Standpunkt der bayer. Nachlaßordnung wird teilweise auch in der Literatur vertreten, so von Binder II § 25 Anm. 23; Leonhard, Anm. II zu § 1983; Strohal § 79 Anm. 17. — And. Meinung: R.G.R.K. Anm. 1 zu § 1983; Dernburg, bürgerl. Recht V, 130; Kretschmar § 81 Nr. 27; Staudinger Anm. 4 zu § 1983.

[2]) Schlegelberger Anm. 32 zu § 20.

Bedingungen knüpften. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht der Willkür der Nachlaßgläubiger überlassen, sondern an ganz bestimmte schwere Voraussetzungen gebunden, indem es in § 1981 Abs. II bestimmt: „Auf Antrag eines Nachlaßgläubigers ist die Nachlaßverwaltung anzuordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Gläubiger durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird." Diese Vorschrift dient sowohl dem Interesse der Nachlaßgläubiger als auch ganz besonders dem Interesse des Erben. Die Gläubiger sollen auf diese Weise abgehalten werden, unüberlegt und unnötig die Separation zu betreiben und dadurch gegen ihren Willen dem Erben die unbeschränkte Haftung zu verschaffen, [1]) auf der anderen Seite soll der Erbe vor dem Angriff eines böswilligen oder überängstlichen Nachlaßgläubigers geschützt werden, der ihm grundlos die Verwaltung und Nutznießung des Nachlasses entziehen und ihm dadurch den größten Schaden zufügen könnte. Sind mehrere Erben vorhanden, so braucht die Tatsache der Gefährdung des Nachlasses nicht bei den sämtlichen Miterben vorzuliegen, es genügt vielmehr, wenn die Vermögenslage oder das Verhalten eines einzigen Miterben die Aussichten der Nachlaßgläubiger auf Befriedigung unsicher erscheinen läßt. [2])

Die erste Möglichkeit der Gläubigergefährdung sieht das Gesetz im Verhalten des Erben.[3]) Vor allem ist hier natürlich die ganze Verwaltungstätigkeit des Erben bezüglich des Nachlasses in Betracht zu ziehen und es ist zu untersuchen, ob er nicht etwa Nachlaßgegenstände durch zu billigen Verkauf oder durch Verschenken leichtfertig verschleudert und ob er etwaige Geschäfts- und Wirtschaftsbetriebe so führt, daß sie zum mindesten in ihrem Bestand erhalten bleiben. Einer Gefährdung durch den Erben ist es gleichzustellen, wenn eine dritte Person den Nachlaß oder Nachlaßteile in Besitz hat, — sei es, daß sie den Besitz vom Erben erlangte, sei es, daß sich der Erbe bisher überhaupt noch nicht um den Nachlaß gekümmert hat — und dieselben vernachlässigt. Es ist nicht zu bestreiten, daß hier

[1]) Wendt a. a. O. Seite 363.

[2]) Vergl. R.G.R.K. Anm. 3 zu § 1981.

[3]) Vergl. Wendt a. a. O. Seite 408: Bemerkenswert ist, daß nicht bloß die Vermögenslage des Erben, sondern auch sein Verhalten, d. h. sein Umgehen mit der Erbschaft die entscheidende iusta causa soll bilden können. Das ist dem römischen Recht gegenüber eine selbständige Erwägung, welche nicht von der Konkurrenz sonstiger Gläubiger, sondern von der Gefährdung der Erbschaft ausgeht und ihren Vorteil in der pflegschaftlichen Verwaltung als solcher sucht, also einer Sequestration der Erbschaft gleichkommt und nur bezweckt, dem Erben die Erbschaft aus den Händen zu nehmen.

das passive Verhalten des Erben eine bedenkliche Unsicherheit der Nachlaßgläubiger bedingt und die Anordnung der Nachlaßverwaltung rechtfertigt. Völlig gleichgültig ist es bei allen diesen Fällen, ob das schädigende Verhalten des Erben auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht oder ob überhaupt kein Verschulden des Erben vorliegt. Das Gesetz stützt sich hier auf rein äußerliche Tatsachen und nimmt keine Rücksicht auf die Willensrichtung des Erben.

Eine bloße Säumigkeit des Erben in der Begleichung der Nachlaßverbindlichkeiten ist dagegen nur im Zusammenhang mit anderen Umständen, zum Beispiel schlechter finanzieller Lage des Erben, ein Separationsgrund. Sind solche andere Umstände nicht vorhanden, befindet sich also der Erbe in normalen Vermögensverhältnissen und verwaltet er auch den Nachlaß ordentlich, so gibt eine bloße Säumigkeit des Erben in der Befriedigung der Nachlaßgläubiger, auch wenn sie eine vorsätzliche und böswillige ist, diesen noch lange kein Recht, die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu beantragen. Sie können ja hier jederzeit auf dem normalen Wege der Zwangsvollstreckung zu ihrem Rechte kommen, ohne das komplizierte Verfahren der Nachlaßverwaltung in Anspruch nehmen zu müssen. Die Nachlaßverwaltung auf Antrag der Nachlaßgläubiger hat nicht den Zweck, die Befriedigung der Gläubiger auf eine für sie bequeme Weise zu beschleunigen, sondern sie hat nur den Zweck, diese Befriedigung zu sichern, wenn sie auf irgendeine Weise gefährdet wird. [1])

Einem schädigenden Verhalten des Erben ist es gleichzuachten, wenn der Testamentsvollstrecker in einer für die Nachlaßgläubiger ungünstigen Weise auf den Nachlaß einwirkt und dadurch die Befriedigung der Gläubiger in Frage stellt. Der Wortlaut des § 1981 II berücksichtigt allerdings diesen Fall nicht; eine sinngemäße Auslegung des Gesetzes muß aber zu dem Ergebnis führen, daß die den Erben betreffenden Voraussetzungen der Separation auch für den Testamentsvollstrecker anzuwenden sind, da sonst den Nachlaßgläubigern, die doch durch den Testamentsvollstrecker ebenso zu Schaden kommen können wie durch den Erben, im Falle der Testamentsvollstreckung unbegründet und unberechtigt ein wichtiges Recht aus den Händen genommen würde. [2])

Die zweite Möglichkeit der Gefährdung des Nachlasses, die das Gesetz durch die Nachlaßverwaltung ausschalten will, liegt in einer schlechten Vermögenslage des Erben. Am be-

[1]) Vergl. Beschluß des Kammergerichts in R.J.A. 8 S. 179.

[2]) Vergl. Planck, Anm. 5 c β vor § 2197; ferner O.L.G. Bd. 18 Seite 316, Bd. 39 Seite 12. — A.M. Staudinger Anm. B II zu § 1981, zum Teil auch R.G.R.K. Anm. 3 zu § 1981.

denklichsten ist es natürlich für die Nachlaßgläubiger, wenn der Erbe persönlich überschuldet ist, sodaß die Gefahr besteht, daß sich die Erbengläubiger zu ihrer Befriedigung an den Nachlaß halten. Zu einem solchen Vorgehen sind die persönlichen Gläubiger des Erben berechtigt, da ihnen § 784 Z.P.O. gestattet, nach Annahme der Erbschaft wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu betreiben.

Abgesehen von einer ausgesprochenen Ueberschuldung kann auch eine bloße Vermögenslosigkeit des Erben die Separationsbefugnis der Nachlaßgläubiger begründen, besonders wenn sie derart ist, daß der Erbe, um seine persönlichen Bedürfnisse zu befriedigen, den Nachlaß angreifen muß, und wenn der Wert des Nachlasses im Verhältnis zu den Nachlaßschulden so gering ist, daß eine wesentliche Minderung des Nachlasses die Befriedigung der Gläubiger in Frage stellen würde. Zu dem gleichen Ergebnis führt es, wenn auch nur einer von mehreren Miterben vermögenslos ist. Allerdings haften nach § 2058 die Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßschulden gesamtverbindlich, aber es läßt sich doch der Fall denken, daß, wenn der arme Miterbe tatsächlich Nachlaßgegenstände für sich verbraucht hat, die übrigen Miterben, soweit sie die Beschränkungseinrede nicht verloren haben, und solange der Nachlaß nicht geteilt ist, von ihrem Recht aus § 2059/I/1 Gebrauch machen und die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus ihrem sonstigen Vermögen verweigern, sodaß die Nachlaßgläubiger auf den möglicherweise nicht mehr solventen Rest des ungeteilten Nachlasses angewiesen sind. [1])

Wie der Erbe nach § 1986/II trotz der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Herausgabe der Erbschaft verlangen kann, wenn die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder wenn eine Verbindlichkeit bestritten ist, und wenn der Erbe den betreffenden Gläubigern Sicherheit leistet, so wird man ihm auch das Recht zugestehen müssen, schon die Anordnung der Nachlaßverwaltung durch eine entsprechende Sicherheitsleistung abzuwenden; jedenfalls liegt dann eine Gefährdung der Nachlaßgläubiger im Sinne des § 1981/II nicht mehr vor. Ein bloßes Erbieten des Erben zur Sicherheitsleistung wird dagegen unbeachtlich sein müssen, da es sich bei einem solchen meistens um einen reinen Verschleppungsversuch des Erben handeln wird, der den Zweck hat, die Nachlaßgläubiger möglichst lange vom Nachlaß fern zu halten; zudem bedeutet ein bloßes Anerbieten noch keine Sicherung für die Gläubiger.

---

[1]) Vergl. R.G.A. Band 7 Seite 18.

2.) Die Gefährdung der Gläubiger durch das Verhalten und die Vermögenslage des Erben muß eine allgemeine, den Wert der ganzen Erbschaft berührende sein. Ist nur ein Individualanspruch eines einzigen oder einzelner Nachlaßgläubiger gefährdet, ohne daß gleichzeitig die Allgemeinheit der Gläubiger in gleicher Weise betroffen wird, so muß das ohne weiteres zu einer Ablehnung des Separationsantrages durch das Gericht führen. Das Gesetz bringt dies schon durch seinen Wortlaut deutlich zum Ausdruck, so in § 1975, wo die Nachlaßverwaltung als Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung „der" Nachlaßgläubiger bezeichnet wird, ganz besonders aber in der Fassung des § 1981/II: Die Nachlaßverwaltung ist auf Antrag „eines" Nachlaßgläubigers anzuordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung „der" Nachlaßgläubiger „aus dem Nachlasse" durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird. [1]) Hieraus läßt sich der Wille des Gesetzgebers, daß der Zweck der Nachlaßverwaltung die gemeinsame Befriedigung aller Nachlaßgläubiger sein soll, deutlich erkennen. Es würde auch dem Zweck eines so ausgedehnten Verfahrens, wie es die Nachlaßverwaltung ist, völlig widersprechen, wenn es allein einen einzigen Gläubiger wegen seines Anspruchs auf eine individuelle Leistung sichern sollte. Wird ein solcher Anspruch durch den Erben gefährdet, dann kann sich ja der Gläubiger der Mittel der Zivilprozeßordnung bedienen, er kann besonders bei drohender Gefahr eine einstweilige Verfügung erwirken, und durch dieselbe mindestens ebenso rasch und sicher zu seinem Ziel kommen, wie durch die Nachlaßverwaltung. [2])

3.) Dagegen ist die Ueberschuldung des Nachlasses grundsätzlich kein separationshindernder Grund in dem Sinne, daß bei ihrem Vorliegen das Gericht die Nachlaßverwaltung nicht anordnen dürfte. Allerdings würde bei überschuldetem Nachlaß der Nachlaßkonkurs den ordentlichen Weg darstellen, da hier in erster Linie eine anteilsmäßige Befriedigung der Gläubiger anzustreben ist. Ebenso wird im Falle der Ueberschuldung des Nachlasses die angeordnete Verwaltung bald zum Nachlaßkonkurs führen, denn der Nachlaßverwalter ist ja verpflichtet, unter den entsprechenden Voraussetzungen die Konkurseröffnung zu beantragen. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Nachlaßverwaltung auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht möglich ist, und daß sie dann ausgeschlossen sein soll, wenn der Nachlaß überschuldet ist. Sie ist vielmehr trotz der Ueberschuldung möglich; dafür sprechen schon rein praktische Gründe, da häufig die Ge-

[1]) Vergl. auch § 75 der bay. Nachlaßordnung.
[2]) R.J.A. Band 12 Seite 115.

fährdung der Nachlaßgläubiger und des Nachlasses viel leichter und schneller darzulegen ist, als die Ueberschuldung. [1])

4.) Das römische Recht versagte den Nachlaßgläubigern das beneficium separationis auch dann, wenn sie den Erben schon wegen ihrer Forderung in Anspruch genommen hatten oder wenn sie sich vom Erben durch einen Bürgen oder durch ein Pfandrecht hatten sicherstellen lassen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Bestimmungen nicht mehr aufgenommen, sodaß im geltenden Recht auch in den genannten drei Fällen ein Antragsrecht der Nachlaßgläubiger gegeben ist. Allerdings wird bei der Stellung eines Bürgen und bei der Sicherung durch ein Pfandrecht in den meisten Fällen das Moment der Gefährdung in Wegfall kommen, sodaß das Gericht zu einer ablehnenden Entscheidung gelangen muß. Das ist jedoch nur eine von Fall zu Fall sich ergebende Erwägung; ein grundsätzlicher Ausschließungsgrund besteht nicht.

5.) Nach dem Wortlaut des § 1981/II ist die Nachlaßverwaltung dann anzuordnen, wenn „Grund zu der Annahme" besteht, daß die Befriedigung der Gläubiger gefährdet ist. Unter welchen Voraussetzungen jedoch das Gericht Grund zu dieser Annahme haben soll, ist nicht bestimmt, ebenso nicht die Art und Weise, wie der Antragsteller die Gefährdung darlegen soll. Ein förmlicher Beweis darf hier jedenfalls nicht verlangt werden. Voraussetzung der Separation ist ja auch keine tatsächliche Gefährdung, sondern es genügt der Grund zur Annahme einer solchen. Zudem würde ein regelrechter Beweis dem Hauptgedanken der Nachlaßverwaltung widersprechen. Zweck derselben ist es doch, die gefährliche Lage der Gläubiger möglichst rasch zu beenden, und das kann nur auf Grund eines schleunigen und summarischen Verfahrens geschehen, während das Erfordernis eines förmlichen Beweises in häufigen Fällen den ganzen Erfolg in Frage stellen würde. § 75 der bayerischen Nachlaßordnung bestimmt deshalb: „Auf Antrag der Nachlaßgläubiger ist die Nachlaßverwaltung anzuordnen, wenn die Forderung des Antragstellers und die Gefährdung der Nachlaßgläubiger *glaubhaft* gemacht wird." Die gleiche Auffassung wird im allgemeinen auch von der Wissenschaft und Rechtsprechung vertreten.

Die Voraussetzungen der Nachlaßverwaltung brauchen also dem Gericht nicht zur Gewißheit nachgewiesen werden, sondern es genügt eine einfache Glaubhaftmachung. Wie weit allerdings diese Glaubhaftmachung gehen muß, darüber läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen, doch wird sich für das Gericht die jeweilige Mindestgrenze aus der Lage des ein-

[1]) Anderer Meinung: Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung S. 144.

zelnen Falles ergeben. Auf keinen Fall genügt eine bloße Darlegung; die Angabe der dem Antragsteller zur Verfügung stehenden Beweismittel muß mindestens noch hinzukommen. [1])

Was den Begriff der Glaubhaftmachung selbst betrifft, so bestimmt er sich nach §§ 294 Z.P.O. und 15 F.G.G.: „Wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschiebung bedienen, er kann auch zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden. Eine nicht sofort zu ermöglichende Beweisaufnahme ist unzulässig." Der antragstellende Nachlaßgläubiger kann sich also sowohl auf Zeugen und Sachverständige, wie auf Urkunden stützen; besonders bei den letzteren ist es allerdings wichtig, daß sie sofort vorgelegt werden können. Die häufigste Art der Glaubhaftmachung ist jedoch die Versicherung an Eidesstatt, die häufig sogar von amtswegen angeordnet wird. Daß diese eidesstattliche Versicherung mündlich vor dem Gericht abgegeben wird, ist nicht erforderlich, es genügt in den meisten Fällen schon, wenn sie schriftlich mit dem Antrage eingereicht wird. Im allgemeinen erfordert die Glaubhaftmachung, ihrem Wesen als einseitiger und summarischer Beweisführung entsprechend, einen viel geringeren Grad der Sicherheit und der Ueberzeugungskraft als der förmliche Beweis.

Das Gericht entscheidet über das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen nach völlig freiem Ermessen — natürlich unter möglichst objektiver Würdigung aller Umstände des Falles — und braucht seine Entscheidung, gleichviel, ob es den Antrag ablehnt oder ihm stattgibt, nicht einmal mit Gründen zu versehen. Genügt dem Gericht die Glaubhaftmachung durch den Antragsteller nicht und hat es Bedenken, die Nachlaßverwaltung anzuordnen, so muß es auf Grund des in der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Offizialbetriebs „von amtswegen" die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufnehmen." (§ 12 F.G.G.) Auf welchem Weg dabei das Gericht vorgehen will, ist ihm vollkommen freigestellt, und es ist an keinerlei gesetzliche Vorschriften gebunden. Ein besonders wichtiges Mittel zur Klärung des Sachverhalts ist das Anhören der Beteiligten selbst; genau so kann sich das Gericht aber auch jedes Beweismittels bedienen. Es kann dem Antragsteller sogar einen Eid auferlegen, während im Gegensatz hiezu der zugeschobene Parteieid ausgeschlossen ist, da er über den Rahmen einer einseitigen Beweisführung hinausgeht.

II. Auf das Antragsrecht der Nachlaßgläubiger hat es kei-

[1]) Vergl. R.G.R.K. Anm. 3 zu § 1981.

nen Einfluß, wenn der Erbe die Beschränkungseinrede verloren hat und infolgedessen unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet. In § 2013 ist die Vorschrift des § 1981/II nicht mit aufgezählt, und dadurch ist ausdrücklich jede Einwirkung der unbeschränkten Erbenhaftung auf das beneficium separationis der Nachlaßgläubiger ausgeschlossen. Der Erbe allerdings kann die Nachlaßverwaltung nicht mehr beantragen, wenn er allgemein unbeschränkt haftet. (§ 2013). Das hat seinen Grund darin, daß die Nachlaßverwaltung auf Antrag des Erben doch in erster Linie die Beschränkungseinrede herbeiführen soll; diese Möglichkeit hat aber der Erbe verloren, sei es durch Versäumung der Inventarfrist, sei es aus einem anderen gesetzlichen Grunde. Die Nachlaßverwaltung auf Antrag der Nachlaßgläubiger soll dagegen die separatio bonorum herbeiführen, und dieser Zweck kann auch bei unbeschränkt haftendem Erben nach wie vor erreicht werden. Auch die erforderliche Gefährdung des Nachlasses und der Nachlaßgläubiger ist durch die Tatsache der unbeschränkten Haftung nicht ausgeschlossen, weil durch dieselbe weder der Zugriff der Erbengläubiger noch die Einwirkung des Erben selbst verhindert wird und weil die Rechtspflicht des Erben, mit seinem Privatvermögen für die Nachlaßschulden zu haften, noch lange keine Gewähr dafür gibt, daß die Nachlaßgläubiger auch wirklich Ersatz aus dem Erbenvermögen bekommen. Begreiflicherweise hat die nach dem Verlust der Beschränkungseinrede erfolgte Anordnung der Nachlaßverwaltung keinen Einfluß mehr auf die Haftung des Erben. Dieser bleibt vielmehr auch weiterhin unbeschränkt mit seinem Privatvermögen verhaftet, und wenn die Gläubiger mit einem Teile ihrer Forderung bei der Nachlaßverwaltung leer ausgehen, so können sie sich wegen des Restes an das persönliche Vermögen des Erben halten. [1])

Unter den Nachlaßgläubigern nehmen jene eine besondere Stellung ein, die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wurden oder die nach § 1974 solchen ausgeschlossenen Gläubigern gleichstehen. Auf Grund dieses Ausschlusses kann der Erbe ihre Befriedigung insoweit verweigern, als der Nachlaß durch Leistungen an die nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft ist. Trotz der Schwächung ihres Anspruchs besteht aber kein Grund, den ausgeschlossenen Gläubigern das Recht auf Beantragung der Nachlaßverwaltung abzuerkennen. Sie müssen zwar damit rechnen, daß sie leer ausgehen, da sie im Range sämtlichen übrigen Gläubigern des Erblassers nachgehen und sogar die Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer und Auflagenempfänger gegen sich gelten lassen müssen, soweit diese vor der Geltendmachung ihrer eigenen

[1]) Vergl. Wendt a. a. O. Seite 409.

Forderungen erfolgt ist. Dennoch haben sie unter Umständen das größte Interesse an der Separation, da der Nachlaß möglicherweise groß genug ist und auch zu ihrer Befriedigung noch ausreicht, sodaß auch sie durch die schlechte Vermögenslage des Erben oder durch ein leichtsinniges Wirtschaften desselben in ihrer Stellung gefährdet werden können. Einen anderen rechtlichen Vorteil, durch den etwa die Folgen der Ausschließung wieder wettgemacht würden, haben sie von der Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht; sie behalten trotz derselben ihre nachteilige Rechtsstellung aus § 1973 und kommen erst nach den übrigen, nicht ausgeschlossenen Gläubigern zum Zuge. [1])

Streitig ist es dagegen, ob die Nachlaßgläubiger auch dann die Nachlaßverwaltung beantragen können, wenn der Erbe die Erbschaft noch gar nicht angenommen hat. Grundsätzlich wird man ihnen dieses Recht zuerkennen müssen, besonders, da sich aus dem Wortlaut des Gesetzes eine gegenteilige Auffassung nicht herleiten läßt. Die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit wird allerdings eine sehr geringe sein. Nach § 788 Z.P.O. können vor allem die persönlichen Gläubiger des Erben solange keine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß betreiben, als der Erbe noch nicht angenommen hat. Damit ist schon einer der Hauptgefährdungsgründe weggefallen. Dazu kommt noch, daß das Nachlaßgericht von amtswegen, soweit ein Bedürfnis besteht, für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen hat und zu diesem Zwecke sogar eine Sicherungspflegschaft anordnen kann, die ja in ihrer Wirkung der Nachlaßverwaltung außerordentlich ähnlich ist. Sollte es aber trotz dieser Möglichkeiten zu einer Gefährdung des Nachlasses durch den Erben kommen, so bleibt es den Erbschaftsgläubigern unbenommen, die Nachlaßverwaltung zu beantragen und dadurch den Nachlaß auch vor dem vorläufigen Erben sicherzustellen, genau so, als ob dieser schon angetreten hätte. [2])

Ist der Nachlaß schon unter mehrere Miterben geteilt, dann können die Nachlaßgläubiger ebenso wie die Erben die Nachlaßverwaltung nicht mehr beantragen. (§ 2062). Die einzige Separationsmöglichkeit bildet hier der Nachlaßkonkurs im Falle der Ueberschuldung des Nachlasses (§ 216 II K.O.); liegt dagegen eine solche nicht vor, würde also der ungeteilte Nachlaß zur Befriedigung aller Gläubiger ausgereicht haben, dann soll im Interesse der Verkehrssicherheit die Teilung nicht mehr rückgängig gemacht werden, wenn es auch der Schutz

---

[1]) Vergl. Staudinger Anm. II B/3 zu § 1981; RGRK. Anm. 2; Binder II S. 188; Strohal § 75 Nr. 50.

[2]) Vergl. Planck, Bem. 4a, R.G.R.K. Anm. 2, Staudinger Anm. II B 1 zu § 1981. — Anderer Meinung: Strohal Anm. 10 zu § 75, Jaenke S. 28, Scheye S. 32.

der Nachlaßgläubiger erfordern würde. Kommen diese dabei zu Schaden, so haben sie es sich selbst zuzuschreiben, da sie bis zur Nachlaßteilung reichlich Zeit gehabt hätten, die notwendigen Schritte zu ergreifen und die Nachlaßverwaltung zu beantragen. — Ist jedoch die Erbengemeinschaft ohne eine tatsächliche Teilung des Nachlasses aufgehoben, etwa dadurch, daß auf Grund einer Vereinbarung der ganze Nachlaß ungeteilt in die Hand eines Miterben übergegangen ist, dann haben die Nachlaßgläubiger ihr Separationsrecht nicht verloren. [1]) Die Gründe für die Unmöglichkeit der Nachlaßverwaltung bei geteiltem Nachlaß sind ja nicht so sehr rechtliche als vielmehr praktische, durch die wirtschaftliche Trennung und Zerreißung des Nachlasses bedingte Erwägungen. Diese tatsächlichen Voraussetzungen sind aber dann nicht gegeben, wenn sich der Nachlaß als Einheit in der Hand eines Erben befindet.

§ 11.

Die Wirkungen der Nachlaßverwaltung auf den Nachlaß. [2])

1.) Durch den Erbfall werden das Vermögen des Erben und die Erbschaft zu einer einzigen Vermögensmasse verbunden, deren Inhaber der Erbe ist. Eine notwendige Folge dieser Verbindung ist es, daß sich auch die Rechte, die bisher dem Erben gegenüber dem Erblasser zustanden, mit den entsprechenden Verbindlichkeiten vereinigen und untergehen, ebenso wie die Verbindlichkeiten, die der Erbe gegenüber dem Erb-

[1]) Vergl. R.G.R.K. Anm. 2 zu § 2062.

[2]) Vor der Behandlung der Wirkungen der Nachlaßverwaltung ist es nötig, festzustellen, wann die Nachlaßverwaltung überhaupt wirksam wird. Im Gegensatz zum Konkurs ist eine besondere gesetzliche Bestimmung nicht vorhanden. Es ist aber nicht angängig, die Vorschriften des § 108 K.O., wonach der Eröffnungsbeschluß mit dem Erlaß wirksam wird, ohne weiteres auch auf die Anordnung der Nachlaßverwaltung anzuwenden. Für die Nachlaßverwaltung als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist vielmehr der § 16 F.G.G. maßgebend, welcher bestimmt, daß gerichtliche Verfügungen mit der Bekanntmachung an denjenigen, für welchen sie ihrem Inhalt nach bestimmt sind, wirksam werden. Als diejenige Person, für welche die Anordnung der Nachlaßverwaltung bestimmt ist, kommt natürlich der Erbe in Betracht, weil dessen rechtliche Stellung in erster Linie durch die separatio betroffen wird. (Vergl. R.G.R.K. Anm. 1 und Staudinger Anm. II B zu § 1984, Eccius in Gruch. Bd. 43 S. 635; — A. M. Leonhard Anm. 2 zu 1984, Strohal II § 79 Anm. 13.

lasser hatte, mit den jetzt ebenfalls dem Erben zustehenden Rechten zusammenfallen und erlöschen. [1])

In dieser Verschmelzung von Erbenvermögen und Erbschaft liegt die größte Gefahr für die Nachlaßgläubiger, denn sie bedingt die drohende Konkurrenz der persönlichen Erbengläubiger und gibt dem Erben Gelegenheit, zum Schaden der Nachlaßgläubiger über den Nachlaß zu verfügen. Hauptzweck der Nachlaßverwaltung muß es also sein, in diesem Punkte Abhilfe zu schaffen, und sie erreicht dieses Ziel dadurch, daß mit ihrer Anordnung die gesamte Vereinigung wieder aufgehoben und der Nachlaß als selbständige Vermögensmasse vom Erbenvermögen abgesondert wird. Dieser Vorgang ist aber nicht so aufzufassen, als ob durch die Erteilung des Benefiziums der Erwerb der Erbschaft durch den Erben wieder rückgängig gemacht würde, denn sonst bedürfte es ja nach Beendigung der Nachlaßverwaltung eines neuen Erwerbs. Der Erbschaftserwerb bleibt vielmehr nach wie vor bestehen, es wird nur seine Wirkung dadurch abgeschwächt, daß eine scharfe Trennung zwischen dem Vermögen, das dem Erben persönlich und zwischen jenem, das ihm als Rechtsnachfolger des Erblassers zusteht, gezogen wird. Um diese Trennung bis zur letzten Konsequenz durchzuführen, ist es natürlich nötig, daß auch die durch den Erbfall erfolgte confusio von Recht und Verbindlichkeit wieder aufgehoben wird. § 1976 B.G.B. bestimmt deshalb: „Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet, so gelten die infolge des Erbfalles durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen." Der Wortlaut dieser Vorschrift ist dahin auszulegen, daß die Beteiligten nicht etwa obligatorisch verpflichtet sein sollen, die zur Zeit des Erbfalles bestehende Rechtslage wiederherzustellen, sondern daß dieser Zustand ipso iure und mit dinglicher Wirkung wieder eintritt; nur so wird eine ausreichende Sicherung der Nachlaßgläubiger gewährleistet. [2]) Ferner ergibt sich aus der Fassung des § 1976, daß vom Gesetzgeber die Aufhebung der confusio nicht so gedacht ist, als ob die Verbindlichkeiten ex nunc, also vom Zeitpunkt der Anordnung der Nachlaßverwaltung an als nicht erloschen gelten sollen; das Wiederaufleben dieser Rechtsverhältnisse wirkt vielmehr ex tunc, es wirkt auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurück. [3]) Aus dieser Tatsache folgt

[1]) Regelmäßig gehen auch die dinglichen Rechte unter, die dem einen Vermögen an beweglichen Gegenständen des anderen zustanden. Ausnahmen: §§ 1063/II, 1256. Dagegen werden dingliche Rechte an Grundstücken von der Vereinigung nicht berührt. (§ 889).

[2]) Motive V, 631; Protokolle V, 800.

[3]) Prot. V, 813.

weiterhin, daß auch alle zur Zeit des Erbfalles bestehenden Nebenrechte der durch die confusio erloschenen Ansprüche, besonders also Bürgschaften und Pfandrechte mit rückwirkender Kraft wieder entstehen und die Ansprüche weiterhin sichern. [1])

Keine besondern Schwierigkeiten bereitet das Wiederaufleben der Nebenrechte, wenn es sich um Pfandrechte an beweglichen Sachen handelt, die nach § 1252 mit dem Erbfall und mit dem Erlöschen der Forderungen ebenfalls untergegangen sind und jetzt einfach wieder zur Entstehung gelangen. Anders ist es, wenn ein Grundstück des Erben für eine Forderung des Erblassers oder ein Grundstück des Erblassers für eine Forderung des Erben mit einer Hypothek belastet war, da ja diese Hypothek mit dem Erbfall nicht eigentlich erloschen, sondern als Eigentümergrundschuld auf den Grundeigentümer, also den Erben übergegangen ist. (§ 1163/I). Hier sind zwei Möglichkeiten vorhanden: entweder hat der Erbe im Grundbuch die Hypothek als Eigentümergrundschuld auf sich umschreiben lassen, oder aber er hat sie vollständig gelöscht. Im ersten Falle wäre die Lösung einfach, da ja nach Anordnung der Nachlaßverwaltung die Eigentümergrundschuld im Wege der Grundbuchberichtigung wieder in die frühere Hypothek umgeschrieben werden könnte. Auch im zweiten Falle, wenn die Hypothek gelöscht ist, wäre die Möglichkeit der Grundbuchberichtigung gegeben, allerdings nicht auf dem Wege der Umschreibung, sondern durch eine Wiedereintragung. Schwierig wird die Frage erst, wenn der Erbe nach der Löschung das Grundstück anderweitig belastet hat. Diese Neueintragungen lassen sich natürlich nicht mehr aus dem Wege schaffen und es lassen sich auch keine Rangänderungen zu Ungunsten der neuen Belastungsgläubiger vornehmen; die wieder einzutragende Hypothek kommt eben im Range hinter die inzwischen erfolgten Belastungen zu stehen. Der Erbe hätte ja genau so, wie er die Hypothek löschen ließ, mit ihr im Range hinter die Neubelastungen zurücktreten können, ohne daß diese Verfügung durch die spätere Anordnung der Nachlaßverwaltung in ihrer Wirksamkeit berührt worden wäre. Das Wiederaufleben der in § 1976 bezeichneten Rechte findet also seine Grenzen an den Rechten, die dritte Personen durch die vom Erben rechtswirksam getroffenen Verfügungen erlangt haben. Zu dem gleichen Ergebnis muß man kommen, wenn man die Vorschrift des § 892 über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in Anwendung bringt. Auch aus dieser Gesetzesstelle ergibt sich, daß man den durch den Erben bewirkten neuerlichen Belastungen auch nach Anordnung der Nachlaßverwaltung den Rang zuge-

[1]) Motive a. a. O., Protokolle V, 800.

stehen muß, der ihnen nach dem Stande des Grundbuchs zur Zeit ihrer Bestellung zukommt. [1])

Das Wiederaufleben der erloschenen Rechtsverhältnisse wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Soweit es sich bei diesen untergegangenen Rechtsverhältnissen um Ansprüche des Erblassers gegen den Erben handelt, dient die Aufhebung der confusio doch nur dem Interesse der Nachlaßgläubiger. Dieses Interesse wird aber durch die Tatsache der unbeschränkten Erbenhaftung allein noch nicht genügend geschützt, und es ist infolgedessen in § 2013 der § 1976 auch nicht erwähnt.

2.) Eine weitere Konsequenz der mit der Nachlaßverwaltung verbundenen separatio bonorum und Wiederherstellung des Nachlasses bildet die Vorschrift des § 1977 II, welche bestimmt: „Wenn ein Gläubiger, der nicht Nachlaßgläubiger ist, die ihm gegen den Erben zustehende Forderung gegen eine zum Nachlaß gehörige Forderung aufgerechnet hat, so ist nach Anordnung der Nachlaßverwaltung diese Aufrechnung als nicht erfolgt anzusehen." Aus der in dieser Bestimmung liegenden Verweisung auf den ersten Absatz des § 1977 könnte man den Schluß ziehen, daß auch § 1977/II eine ohne Zustimmung des Erben erfolgte Aufrechnung voraussetzt. Zu dieser Auffassung ist auch eine ganze Reihe von Schriftstellern gekommen. Sie begründen ihre Stellungnahme damit, daß die Worte „das gleiche gilt", die zu Beginn des § 1977 II stehen, sich auf die ganzen Voraussetzungen des § 1977/I beziehen. Dies ergebe sich schon aus der Analogie zu Absatz I und aus der Gleichartigkeit der dort gegebenen Rechtslage mit der in Absatz II behandelten. Auch sei diese Auslegung allein logisch zu erklären, denn in der Zustimmung des Erben zur Aufrechnung sei eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand zu erblicken, zu der der Erbe vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung berechtigt gewesen sei. Wegen der infolge dieser Verfügung eingetretenen Verminderung des Nachlasses sei er allerdings den Nachlaßgläubigern und dem Nachlasse aus § 1978 ersatzpflichtig. [2]) Diese Auffassung krankt in verschiedenen Punkten ganz erheblich. Der Wortlaut des Abs. II mit seiner Verweisung auf Abs. I bietet keineswegs eine sichere Grundlage dafür, daß sämtliche Modalitäten des Abs. I auch auf Abs. II zu beziehen sind. Er spricht vielmehr zum mindesten ebensosehr für das Gegenteil, nämlich dafür, daß er sich zwar die Wir-

[1]) Vergl. Beschluß des Oberlandesgerichts Dresden vom 5. I. 1918, R.J.A. Bd. 16 Seite 148.

[2]) Vergl. bes. Strohal II S. 261 Anm. 6, ferner R.G.R.K. Anm. 4 zu § 1977, Leonhard Anm. III zu § 1977.
Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung Seite 153.

kungen, nicht aber auch die Voraussetzungen des Abs. I zueignen will, daß also eine Zustimmung des Erben zu der Aufrechnung für den Absatz II ohne Bedeutung ist, und daß die Wirkung der Nachlaßverwaltung in sämtlichen Fällen des Abs. II die gleiche ist, die der Abs. I nur für bestimmte Fälle und unter bestimmten Voraussetzungen kennt. Schon aus der Form des § 1977/II läßt sich so der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber alle dort behandelten Aufrechnungen mit Anordnung der Nachlaßverwaltung ihrer Wirkung berauben will, ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe zugestimmt hat oder nicht.

Noch weniger stichhaltig ist das zweite Argument Strohals, daß in der Zustimmung zur Aufrechnung eine Verfügung des Erben über einen Nachlaßgegenstand zu erblicken sei. Der Erbe verfügt durch seine Zustimmung nicht über den Nachlaß, denn der Gläubiger bedarf dieser Zustimmung nicht und die Aufrechnung ist gültig und wirksam, ob sich nun der Erbe auf dieselbe erklärt und ihr zugestimmt hat oder nicht. Es ist deshalb gar nicht einzusehen, warum die Nachlaßgläubiger auf einen Ersatzanspruch gegen den Erben beschränkt sein sollen, wenn dieser zu der Aufrechnung eine rechtlich unbedeutende und vollkommen wirkungslose Zustimmungserklärung abgegeben hat.

Völlig unverständlich ist es endlich, wie man eine Analogie und Gleichartigkeit der Rechtslage zwischen Absatz I und Abs. II des § 1977 feststellen kann.[1]) Abs. I will den Erben schützen, der dadurch schwer geschädigt werden kann, daß vor der Separation ein Nachlaßgläubiger gegen eine persönliche Forderung des Erben aufgerechnet hat. Würde diese Aufrechnung nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung noch weiterbestehen, so würde sie gänzlich ungerechtfertigt das Erbenvermögen zugunsten des Nachlasses vermindern. Selbstverständlich ist es jedoch, daß hier dem Erben der Schutz des Gesetzes nur solange gewährt werden soll, als er ihn wirklich verdient, das heißt, solange er nicht selber der Aufrechnung zugestimmt oder sie gar veranlaßt hat. Hier ist es also ganz verständlich, wenn man die Aufhebung der Aufrechnung davon abhängig macht, wie sich der Erbe zu derselben gestellt hat. Ganz anders ist die Rechtslage im Falle des Abs. II. Hier handelt es sich um den Schutz des Nachlasses und der Nachlaßgläubiger, und den kann man doch nicht von einer willkürlichen und dazu noch rechtlich bedeutungslosen Erklärung des Erben abhängig machen, denn der Erbe hat nicht die geringste Veranlassung, dem Interesse der Nachlaßgläubiger zu dienen, er wird im Gegenteil nichts unversucht lassen, um sich

[1]) So Leonhard a. a. O.

auf Kosten des Nachlasses und somit zum Nachteile der Nachlaßgläubiger zu bereichern.

Man muß deshalb zu der Ansicht kommen, daß alle Aufrechnungen der in § 1977/II bezeichneten Art mit Anordnung der Nachlaßverwaltung als nicht erfolgt anzusehen sind, ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe seine Zustimmung gegeben hat oder nicht. [1]) Eine gegenteilige Entscheidung ist natürlich dann zu treffen, wenn der Erbe selbst mit einer Nachlaßforderung gegen eine private Schuld aufgerechnet hat. Insoweit ist auch die Ansicht Strohals für richtig zu erachten, denn dann handelt es sich um eine reine Verfügung des Erben über einen Nachlaßgegenstand, und diese muß nach den allgemeinen Regeln auch über die Anordnung der separatio bonorum hinaus wirksam bleiben. In diesem Falle haben die Nachlaßgläubiger nur das Recht, vom Erben Ersatz für die Minderung des Nachlasses zu verlangen.

Auffallenderweise ist § 1977/II nicht anwendbar, wenn der Erbe unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet. So verständlich diese Regelung für den Absatz I des gleichen Paragraphen ist, so unbegreiflich ist sie für den II. Absatz. Absatz I ist ja nur zum Schutze des Erben gegeben und dieser Schutz ist bedeutungslos, wenn der Erbe einmal die Beschränkungseinrede verloren hat; dann ist es für ihn gleichgültig, ob die schon vollzogene Aufrechnung bestehen bleibt, oder ob mit seiner eigenen Forderung auch die des Nachlaßgläubigers wieder auflebt und dann neuerdings gegen ihn und sein Privatvermögen geltend gemacht wird. Sein Vermögen haftet ja auf alle Fälle für die Nachlaßschuld. Hat dagegen ein Privatgläubiger des Erben gegen eine Nachlaßforderung aufgerechnet, dann besteht eigentlich keine Veranlassung, diese Aufrechnung trotz der Separation bestehen zu lassen, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Hier haben im Gegenteil die Nachlaßgläubiger das größte Interesse an der Rückgängigmachung der Aufrechnung, denn die unbeschränkte Haftung des Erben allein gibt ihnen keine Gewähr dafür, daß sie aus dem Privatvermögen des Erben Ersatz für das bekommen, was dem Nachlaß durch die Aufrechnung verloren ging. Die Ausdehnung des § 2013 auf § 1977/II beruht also offensichtlich auf einem Versehen des Gesetzgebers; sie stellt aber trotzdem eine gültige Rechtsvorschrift dar und ist als solche in der Praxis anzuwenden, wenn sie auch, entgegen ihrem Zweck, unter Umständen zu den schwersten Schädigungen für die Nachlaßgläubiger führen kann. [2])

---

[1]) Vergl. Binder II S. 161; Staudinger Anm. 3 zu § 1977.

[2]) Vergl. Leonhard Bem. III 3 zu § 2013, R.G.R.K. Anm. 4 zu § 1977.

3.) Bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung kann der Nachlaß ferner dadurch in seinem Bestande verändert worden sein, daß der Erbe im Wege der Veräußerung über ihn verfügt hat. Auch das römische Recht befaßte sich schon mit dieser Frage und bestimmte, daß ein solcher Verkauf wirksam bleiben sollte, wenn der Erbe in redlicher Absicht gehandelt hatte; In diesem Falle umfaßte die Separation nur den aus dem Verkaufe erzielten Erlös. Ließ sich dagegen dem Erben eine unredliche Absicht und seinem Kontrahenten eine Kenntnis von dieser Absicht nachweisen, so wurde der Verkauf als nicht erfolgt angesehen. Im übrigen machten die Römer keinen Unterschied zwischen dem Verkauf einzelner Nachlaßgegenstände und zwischen dem Verkauf des Nachlasses als solchen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch dagegen kommt zu völlig verschiedenen Ergebnissen, wenn ein eigentlicher Erbschaftsverkauf, also eine die ganze Erbschaft in ihrer Gesamtheit umfassende Verfügung des Erben vorliegt oder wenn nur einzelne Erbschaftsgegenstände veräußert sind. Hat der Erbe über den ganzen Nachlaß im Wege des Erbschaftsverkaufes verfügt, so tritt nach den allgemeinen Regeln über den Erbschaftskauf der Käufer in weitestem Umfange an die Stelle des Verkäufers. Insbesondere haftet der Käufer, allerdings unbeschadet der fortdauernden Haftung des Erben, vom Abschluß des Kaufes an den Nachlaßgläubigern für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2382). Weiter bestimmt das Gesetz allerdings nichts und regelt insbesondere auch nicht den Fall, daß jetzt eine Nachlaßverwaltung beantragt wird. Aber aus der Natur und dem Zweck der Nachlaßverwaltung und vor allem aus dem Inhalt des § 2382 muß der Schluß gezogen werden, daß auch jetzt, nach dem Erbschaftsverkauf, die Nachlaßverwaltung auf Antrag der Nachlaßgläubiger zulässig ist, daß sie sich aber jetzt nicht mehr gegen den Erben, sondern gegen den Erbschaftskäufer zu richten hat. Infolgedessen müssen jetzt auch die Vorbedingungen des Benefiziums, also hauptsächlich die Gefährdung der Nachlaßgläubiger, nicht mehr in der Vermögenslage und dem Verhalten des Erben, sondern in dem des Käufers vorliegen. Im übrigen ändert sich an dem ganzen Verlauf und am Wesen der Nachlaßverwaltung nicht das geringste, sie bleibt die gleiche, ob sie sich gegen den Erben oder gegen den Erbschaftskäufer richtet. [1])

Völlig anders ist dagegen die Lage, wenn der Nachlaß dadurch verändert ist, daß der Erbe Nachlaßgegenstände veräußert oder mit Mitteln des Nachlasses etwas angeschafft hat. Diese Verfügungen sind rechtlich vollwirksam, da der Erbe bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung keinerlei Ein-

[1]) Vergl. Planck Anm. 2c zu § 2383.

schränkungen unterworfen ist. Es ist nun die Frage, ob der Erlös für veräußerte Nachlaßgegenstände oder das mit Nachlaßmitteln Erworbene ohne weiteres zum Nachlaß gehört oder ob der Erbe nur obligatorisch verpflichtet ist, diese Werte an den Nachlaß herauszugeben oder ob er überhaupt nur nach § 1978 verantwortlich ist. Die Lösung dieser Frage liegt in der Vorschrift des § 1978, die den Erben für seine Verwaltung des Nachlasses bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung wie einen Beauftragten, beziehungsweise wie einen Geschäftsführer ohne Auftrag verantwortlich macht. Das Gesetz will dadurch erreichen, daß die Nachlaßgläubiger sich aus dem Nachlaß möglichst so befriedigen können, als wenn der Erbfall nicht eingetreten wäre. Aus diesem Grunde läßt es zwar die vom Erben bisher getroffenen Verfügungen bestehen, behandelt aber den Erben als einen Verwalter fremden Vermögens, weil der Nachlaß doch in erster Linie den Zweck hat, der Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu dienen, nicht aber den Zweck, den Erben zu bereichern.[1]) Der Erbe ist also den separierenden Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung der Erbschaft so verantwortlich, wie wenn er von Annahme der Erbschaft an die Verwaltung für sie wie ein Beauftragter geführt hätte. Es sind deshalb auch auf die Verfügungen des Erben über einzelne Nachlaßgegenstände die Vorschriften über den Auftrag (§ 667) anzuwenden, aus welchen sich ergibt, daß bezüglich des Erlöses und bezüglich der mit Nachlaßmitteln erworbenen Gegenstände keine dingliche Surrogation eintritt, daß vielmehr der Erbe nur obligatorisch verpflichtet sein soll, alles das herauszugeben, was er aus seiner Geschäftsbesorgung erlangt hat.[2]) Der Erbe hat demnach alle für den Nachlaß erworbenen Sachen — darunter fällt natürlich auch der Erlös für veräußerte Nachlaßgegenstände — dem Nachlaßverwalter zu übergeben, ebenso muß er alle für den Nachlaß erworbenen Rechte abtreten. Hier beginnt nun die eigentliche Schwierigkeit: Wann hat der Erbe etwas für den Nachlaß erworben und wann nicht? Bei der Entscheidung dieser Frage darf man nicht von objektiven Grundsätzen ausgehen, maßgebend ist vielmehr einzig und allein das subjektive Moment, also die Willensrichtung des Erben, die sich allerdings in den meisten Fällen nur mit Hilfe des objektiven Tatbestandes feststellen lassen wird. Ergibt sich aus diesen Umständen, daß der Erbe für den Nachlaß handeln wollte, so muß er das Erlangte herausgeben, aber auch nur das, was er tatsächlich erlangt hat. Darüber hinaus kann ein weitergehender Anspruch an ihn nur gestellt werden, wenn er sich nach den Regeln des Auftrags schadensersatz-

[1]) Motive V Seite 626.

[2]) Vergl. R.G.R.K. Anm. 2 und Warneyer Anm. III zu 1978.

pflichtig gemacht hat. Hatte dagegen der Erbe nicht den Willen, für den Nachlaß zu handeln, sondern wurde er in eigenem Namen und für sein ursprüngliches Privatvermögen tätig, dann machte er sich nur ersatzpflichtig, aber nicht herausgabepflichtig. [1])

Abgesehen von einer Veräußerung konnte der Erbe vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung auch dadurch über einzelne Nachlaßgegenstände verfügen, daß er sie mit einem Pfandrechte belastete. Im Gegensatz zum Römischen Recht, welches die Separationsgläubiger diesen Pfandgläubigern im Range vorgehen ließ, wird nach dem heutigen Recht ein vom Erben an einer Nachlaßsache bestelltes Pfandrecht durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht berührt, denn diese Bestellung ist ja auch ein Ausfluß des dem Erben unbeschränkt zustehenden Verfügungsrechtes über den Nachlaß. Hat er das Pfandrecht für einen Nachlaßgläubiger bestellt, so wird er sich nicht einmal ersatzpflichtig machen. Anders dagegen, wenn er einen Nachlaßgegenstand für eine private Schuld verpfändet hat; hier hat er durch eine rechtsgültige Verfügung den Nachlaß vermindert und muß dafür den Nachlaßgläubigern gegebenenfalls Ersatz leisten.

4.) Nachdem so der Nachlaß vom Vermögen des Erben getrennt und, soweit möglich, in seiner früheren Gestalt wieder hergestellt ist, bildet er ein Sondervermögen mit dem Zweck, der Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu dienen. Inhaber und Subjekt dieses Sondervermögens ist auch jetzt noch der Erbe, dessen Erbeneigenschaft als solche durch die Nachlaßverwaltung nicht berührt wird. Aber durch die Separation wird ein scharfer Trennungsstrich zwischen dem Privatvermögen des Erben und dem Nachlaß gezogen, und zwar geht diese Trennung soweit, daß sogar Rechtsverhältnisse zwischen den beiden Vermögensmassen bestehen können, gerade als ob sie verschiedenen Subjekten zustünden.

§ 12.

Die rechtliche Stellung des Erben nach Anordnung der Nachlaßverwaltung.

1.) Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert der Erbe das Recht, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen. (§ 1984/I/1). Diese Vorschrift bedeutet nicht

[1]) Vergl. über die Frage der Herausgabepflicht bes. O.L.G. Bd. 19 S. 231 ff., Ferner Motive V S. 628.

etwa eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Erben, denn dieser kann auch nach erfolgter Separation über sein privates, nicht zum Nachlaß gehöriges Vermögen nach Gutdünken verfügen und eine nur bezüglich gewisser Gegenstände, in unserm Fall also bezüglich des Nachlasses, beschränkte Geschäftsfähigkeit ist rechtlich nicht denkbar. § 1984/I schließt nur jede Einwirkung des Erben auf das separierte Sondervermögen aus, er nimmt ihm die ganze wirtschaftliche und rechtliche Verfügungsmacht sowohl über den Nachlaß als Ganzes wie über einzelne Nachlaßgegenstände. Mit dieser Bestimmung verschafft das Gesetz der Separation erst den notwendigen Nachdruck und die notwendige Wirksamkeit, denn erst jetzt kann sie sich praktisch auswirken und dem Schutze der Nachlaßgläubiger dienen.[1]) Würde die Nachlaßverwaltung nur eine rein ideelle Trennung des Nachlasses vom Erbenvermögen bedeuten und würden die beiden Massen nach wie vor in den Händen des Erben bleiben und dessen Verwaltung unterworfen sein, dann wäre in Wirklichkeit nicht das geringste erreicht worden.

Der Verlust des Dispositionsrechtes des Erben bezieht sich jedoch nicht auf den Fall, daß ein Miterbe nach § 2033 über seinen Erbanteil verfügen will. Eine solche Verfügung ist auch nach Anordnung der Nachlaßverwaltung noch möglich und wirksam, da sie den wirtschaftlichen Bestand des Nachlasses nicht berührt und auch die Rechte der Nachlaßgläubiger nicht schmälert.[2])

Wurde der Erbe bisher in der Verwaltung des Nachlasses vertreten, etwa durch einen Vormund oder Abwesenheitspfleger, so bedingt dieser Umstand keine Abweichung von der Regel; es wird eben dann dem Vertreter die Verwaltungs- und Verfügungsmacht entzogen.

Die Dispositionsbefugnis über den Nachlaß geht vom Erben oder dessen Vertreter auf den Nachlaßverwalter über. Damit dieser seiner Aufgabe ganz gerecht werden kann, ist es natürlich nötig, daß er auch äußerlich in die Stellung des Erben eingesetzt wird und die tatsächliche Herrschaft über den Nachlaß erlangt. Der Erbe muß zu diesem Zwecke den Besitz am Nachlaß dem Verwalter übertragen. Dieser Uebergang ist eine weitere logische Folge der Separation, denn auch die Bestimmung des § 1984/I/1 wäre ohne Bedeutung, wenn dem Erben nicht gleichzeitig auch äußerlich jede Möglichkeit, auf den Nachlaß einzuwirken, genommen würde. Allerdings hat hier der Nachlaßverwalter eine weitaus ungünstigere Stellung als der

[1]) Vergl. Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung S. 148.

[2]) Vergl. Dernburg V S. 373 Anm. 22; Strohal II S. 274; Binder II Seite 194.

Konkursverwalter. Im Konkurs kann gegen den Gemeinschuldner ,wenn er nicht freiwillig die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände an den Verwalter herausgibt, direkt mit Hilfe einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses vorgegangen werden. Bei der Nachlaßverwaltung dagegen kann der Verwalter nicht schon auf Grund des die Separation anordnenden Beschlusses vollstrecken; er ist im Gegenteil gezwungen, den ordentlichen Rechtsweg einzuschlagen und erst gegen den Erben zu klagen, wenn dieser in böswilliger Absicht überhaupt den Nachlaß nicht herausgeben will, oder wenn Streit darüber besteht, ob ein bestimmter Gegenstand zum Nachlaß oder zum Vermögen des Erben gehört. Natürlich kann der Verwalter die Herausgabe von Nachlaßgegenständen auch von dritten Personen verlangen, die solche in Besitz haben, sei es, daß sie diesen Besitz vom Erben erworben haben, sei es, daß er noch auf Uebertragung durch den Erblasser zurückgeht.

Zu Schwierigkeiten kann es führen, wenn die Nachlaßverwaltung gegen einen mit Erbschein ausgerüsteten Intestaterben angeordnet ist und wenn der Nachlaß in Händen von Personen ist, die Testamentserben zu sein behaupten und deshalb den Nachlaß nicht herausgeben wollen.[1]) Hier muß trotz dieses zwischen dem vorläufig festgestellten Erben und dritten Personen bestehenden Streites der Nachlaß selbst an den Verwalter herausgegeben werden, denn die Nachlaßverwaltung steht über einem solchen Prätendentenstreit und wird durch denselben nicht berührt.[2]) Auch hier darf sich aber der Nachlaßverwalter keinesfalls eigenmächtig in den Besitz der Erbschaft setzen, sondern er muß gegebenenfalls die Hilfe des Gerichtes in Anspruch nehmen. Da es sich bei der Herausgabe der Erbschaft an den Nachlaßverwalter um die Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen handelt, und da zum Nachlaß auch die seit dem Tode des Erblassers angefallenen Früchte gehören, hat der Erbe die Pflicht, dem Nachlaßverwalter die in §§ 259 und 260 vorgeschriebenen Belege mit auszuhändigen. Er muß also besonders über seine Verwaltung seit dem Erbfall Rechenschaft ablegen; ferner muß er ein Bestandsverzeichnis des Nachlasses anfertigen und dem Verwalter übergeben, und zwar muß dieses Verzeichnis nicht nur den gegenwärtigen Bestand des Nachlasses, sondern vor allem auch den Bestand zur Zeit des Erbfalles ausweisen.

Ist der Nachlaßverwalter in den Besitz des Nachlasses ge-

---

[1]) oder umgekehrt, wenn gegen Testamentserben die Verwaltung beantragt ist und wenn jemand anderer den Nachlaß beansprucht und nicht herausgibt.

[2]) Reichsgericht im „Recht" 1909, Beilage 2127.

stellt worden, so ist er unmittelbarer Besitzer. Neben ihm bleibt aber der Erbe noch mittelbarer Besitzer, denn das zwischen ihm und dem Nachlaßverwalter bestehende Verhältnis ist ohne Zweifel als ein Besitzmittlungsverhältnis aufzufassen, das einen Doppelbesitz im Sinne des § 868 B.G.B. begründet. Unrichtig ist jedenfalls die von Eccius[1]) vertretene Ansicht, daß der Erbe alleiniger Besitzer bleibe, aber in der Ausübung seiner aus dem Besitz entspringenden Rechte behindert sei und in dieser Beziehung vom Nachlaßverwalter vertreten werde. Diese Konstruktion widerspricht der ganzen Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches, da eine solche Vertretung im Besitz, ohne daß auch der Vertreter Besitz erlangt, nur im Falle des § 855 möglich ist. Es wird aber niemandem im Ernste einfallen, den Nachlaßverwalter als Besitzdiener des Erben aufzufassen, denn er übt doch nicht für den Erben die tatsächliche Gewalt über den Nachlaß in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse aus, kraft dessen er den sich auf den Nachlaß beziehenden Weisungen des Erben Folge zu leisten hätte.

2.) Eine weitere einschneidende Wirkung der Nachlaßverwaltung auf die rechtliche Stellung des Erben ist es, daß alle Rechtshandlungen, die der Erbe nach Anordnung der Nachlaßverwaltung vorgenommen hat, den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksam sind. (§§ 7 K.O., 1984 B.G.B.) Aus der Natur und dem Zweck dieser Bestimmung ist jedoch zu entnehmen, daß sich die Unwirksamkeit nur auf solche Rechtshandlungen des Erben beziehen soll, die unmittelbar oder wenigstens mittelbar den Nachlaß berühren. Alle übrigen Rechtshandlungen des Erben, insbesondere jene, die sich auf sein Privatvermögen beziehen, werden von der Vorschrift des § 7 K.O. in keiner Weise betroffen.

Der Begriff der Rechtshandlungen im Sinne des § 7 K.O. ist ein außerordentlich weiter. Er umfaßt alle den Nachlaß betreffenden Verfügungen des Erben, d. h. alle seine Rechtsgeschäfte, durch die eine zum Nachlaß gehörige Sache oder ein zum Nachlaß gehöriges Recht unmittelbar übertragen, belastet, verändert oder aufgehoben wird, sowie alle übrigen den Nachlaß berührenden Rechtsgeschäfte des Erben, also alle Willenserklärungen, die auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges abzielen. Darüber hinaus fallen aber auch alle andern Willensakte des Erben, denen die Rechtsordnung eine rechtliche Wirkung zuschreibt, unter den Begriff der Rechtshandlung, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe die Wirkung gewollt hat oder nicht.

Alle diese Rechtshandlungen des Erben sind, soweit sie

[1]) Vergl. Eccius a. a. O., ferner auch Gruchot Band 43 Seite 545 ff.

den Nachlaß berühren, den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksam, aber nur dann, wenn der Erbe sie in eigenem Namen mit Wirkung für den Nachlaß vorgenommen hat. Anders ist es mit solchen Rechtshandlungen, die der Erbe als Vertreter des Nachlaßverwalters betätigt hat, sei es mit oder ohne Vertretungsmacht; hier bestimmt sich die Rechtswirksamkeit nach den allgemeinen Regeln, also insbesondere nach § 164 ff.

Ebenso unwirksam wie die Rechtshandlungen des Erben selbst sind jene, die sein gesetzlicher Vertreter vornimmt, denn auch dieser wird ja durch die Nachlaßverwaltung verdrängt. Weder § 1984 B.G.B. noch § 7 K.O. erwähnen zwar ausdrücklich den gesetzlichen Vertreter, aber aus der Natur der Sache ergibt sich ohne weiteres, daß die entsprechenden Vorschriften auch auf diesen anzuwenden sind. Ganz von selbst versteht es sich, daß auch die Rechtshandlungen eines Bevollmächtigten unter § 7 K.O. fallen, denn es wäre unverständlich, wen der Bevollmächtigte in Vertretung des Vollmachtgebers Befugnisse ausüben könnte, die dem Vollmachtgeber selbst gar nicht mehr zustehen.

Die Unwirksamkeit dieser sämtlichen Rechtshandlungen ist keine absolute, allgemein wirkende, sie wirkt vielmehr nur relativ, nur den Nachlaßgläubigern gegenüber, denn nur diese sind es, die in ihrem Recht auf ungeschmälerte Befriedigung aus dem Nachlaß gegen jede Einwirkung des Erben geschützt sein sollen. Alle übrigen Personen, besonders die beteiligten Dritten und der Erbe selbst, dürfen sich dagegen keineswegs auf die Nichtigkeit berufen. Die Rechtshandlungen des Erben sind, auch wenn sie ein zum Nachlaß gehöriges Vermögensstück zum Gegenstand haben, für den Erben wie auch für alle übrigen Personen, soweit sie nicht Nachlaßgläubiger sind, bindend.

Da die relative Unwirksamkeit der den Nachlaß betreffenden Rechtshandlungen des Erben nicht so sehr im Interesse des einzelnen Nachlaßgläubigers, als vielmehr zum Zwecke der Erhaltung des zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger bestimmten Nachlasses gegeben ist, kann sie auch nur im gemeinsamen Interesse aller Gläubiger geltend gemacht werden. Die Ausübung dieses Rechtes ist infolgedessen, wie alle übrigen den Nachlaß betreffenden Geschäfte, Sache des Nachlaßverwalters, nicht aber Sache der einzelnen Nachlaßgläubiger. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit selbst ist an keine bestimmte Form gebunden, besonders bedarf es keiner gerichtlichen Nichtigkeitserklärung. Der Verwalter kann auf jede ihm beliebende Art zu erkennen geben, daß er die Rechtshandlung des Erben nicht anerkenne; er kann dies insbesondere stillschweigend dadurch tun, daß er seinerseits eine entsprechende Rechtshandlung neuerdings vornimmt und da-

mit erklärt, daß er die Handlung des Erben als für den Nachlaß nicht bindend betrachte. In einem Rechtsstreit, der eine solche vernichtbare Rechtshandlung des Erben zum Gegenstand hat, braucht das Gericht die Geltendmachung der Unwirksamkeit nicht von amtswegen zu untersuchen, sondern der Verwalter muß sich auf dieselbe im Prozeß berufen.

Da die Geltendmachung der Unwirksamkeit dem Ermessen des Nachlaßverwalters überlassen ist, kann dieser alle in Betracht kommenden Rechtshandlungen des Erben genehmigen und sie dadurch zu absolut wirksamen machen. Allerdings setzt er sich dabei der Gefahr aus, daß die Nachlaßgläubiger von ihm Ersatz dessen verlangen, was durch die Genehmigung dem Nachlaß verloren ging. — Von diesem Falle der nachträglichen Zustimmung des Nachlaßverwalters abgesehen, gelten wie schon betont, alle den Nachlaß betreffenden und nach Anordnung der Verwaltung vorgenommenen Rechtshandlungen des Erben den Erbschaftsgläubigern gegenüber als nicht geschehen. Der Nachlaßverwalter kann deshalb eine Forderung, die zum Nachlaß gehört, und über die der Erbe in irgend einer Weise verfügt hat, weiterhin wirksam geltend machen; er kann ferner aus dem gleichen Rechtsgrund bewegliche Nachlaßgegenstände, die der Erbe nach erfolgter Separation einem Dritten verkauft oder übereignet hat, direkt mit der rei vindicatio wieder zurückverlangen.

Der Erbe wird natürlich bestrebt sein, im letzten Augenblick vor Anordnung der Nachlaßverwaltung noch Rechtshandlungen zu seinem Vorteil und zum Nachteil der Erbschaftsgläubiger vorzunehmen; häufig wird er dies sogar noch nach Verlust seiner Dispositionsbefugnis tun, in der Hoffnung, daß sich der genaue Zeitpunkt nicht mehr feststellen lassen wird. Um eine Schädigung der Nachlaßgläubiger, die sich unter Umständen aus dieser Möglichkeit ergeben könnte, zu verhindern, bestimmt das Gesetz: „Hat der Erbe Rechtshandlungen am Tage der Anordnung der Nachlaßverwaltung vorgenommen, so wird vermutet, daß sie nach der Anordnung vorgenommen wurden." (§ 7/III K.O., § 1984 B.G.B.). Diese Vermutung wird dadurch gerechtfertigt, daß alle an diesem Tage vom Erben bezüglich des Nachlasses vorgenommenen Rechtshandlungen in gewissem Sinne von vorneherein verdächtigt sind.[1]) Sie kann auch zu keiner unberechtigten Bevorteilung der Nachlaßgläubiger führen, da sowohl dem beteiligten Dritten, wie auch dem Erben der Gegenbeweis zusteht.

Hat der andere Teil, also der unmittelbare Gegner des Erben, auf Grund der den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksamen Rechtshandlung des Erben eine Verpflichtung über-

[1]) Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung S. 39.

nommen und in Erfüllung derselben irgend etwas zum Nachlaß geleistet, so ist ihm das Geleistete aus dem Nachlaß zurückzugewähren, soweit derselbe durch die Leistung bereichert ist. (§ 7/II K.O.) Inhalt und Umfang dieses Anspruchs bestimmen sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung. Kann jedoch der andere Teil auf diesem Wege das von ihm Geleistete nicht mehr voll zurückerhalten, sei es, daß der Nachlaß überhaupt nicht oder doch nicht in der Höhe der Leistung bereichert ist, so steht es ihm frei, sich gegebenenfalls an den Erben zu halten. Auch dieser Anspruch bestimmt sich nach den Regeln des Schuldrechts.

3.) Die Unwirksamkeit der vom Erben nach Anordnung der Nachlaßverwaltung vorgenommenen Rechtshandlungen findet ihre Grenzen darin, daß auch nach erfolgter Separation die Fiktion von der Richtigkeit des Grundbuchs erhalten bleibt, und daß die Vorschriften über den guten Glauben im Grundstücksverkehr zur Anwendung kommen. (§ 1984 B.G.B., § 7/I/2 K.O.). Wer also nach Anordnung der Nachlaßverwaltung vom Erben ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück oder Grundstücksrecht oder ein Recht an einem solchen Grundstücksrecht erworben hat, bleibt Eigentümer des Grundstücks und Inhaber des Rechts, wenn die Nachlaßverwaltung im Grundbuch nicht eingetragen und dem Erwerber nicht bekannt war. War zum Erwerb des Rechts die Eintragung im Grundbuch erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung, oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustandekommt, die Zeit der Einigung maßgebend. (§ 892).

Die Fiktion von der Richtigkeit des Grundbuchs gilt auch dann, wenn an den Erben, für welchen ein zum Nachlaß gehöriges Recht im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung vermerkt oder dem Dritten bekannt ist, von dem Dritten auf Grund dieses Rechts eine Leistung bewirkt wird, oder wenn zwischen dem Erben und dem Dritten in Ansehung dieses Rechts ein nicht unter die Vorschrift des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält. [1]) Auch hier bleibt die Aenderung rechtsgültig bestehen.

Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen finden dagegen nach erfolgter Separation keine Anwendung mehr. Wenn also der Erbe nach Verlust seiner Verfügungsbefugnis bewegliche Nachlaßgegenstände an einen Dritten veräußert, so ist diese Veräußerung den Nachlaßgläubigern gegenüber in allen Fällen unwirksam, ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers. Das gleiche gilt

[1]) Z. B. Kündigung, Verzicht.

natürlich auch vom Erwerb eines Rechtes an einer beweglichen Sache. Wenn dagegen der Dritte die erworbene Sache weiterveräußert, dann muß man diesen weiteren Erwerb als rechtswirksam gelten lassen. Er leitet sich zwar mittelbar von der unwirksamen Veräußerung des Erben her, aber dieser Umstand kann auf den weiteren Erwerb keinen Einfluß mehr haben, besonders, da dieser von der ersten, unwirksamen Verfügung des Erben rechtlich unabhängig ist, und da man auch von einem Abhandenkommen im Sinne des § 935 nicht sprechen kann. Das gleiche muß gelten, wenn eine dritte Person, die vom Erben vor Anordnung der Nachlaßverwaltung in den Besitz einer Nachlaßsache gesetzt wurde, nach erfolgter Separation diese Sache nicht an den Verwalter herausgibt, sondern sie an einen gutgläubigen Dritten veräußert. Hier liegt die absolute Wirksamkeit dieser Veräußerung besonders klar auf der Hand, da es sich um einen eindeutigen Fall des Erwerbs vom Nichteigentümer handelt, auf den die besonderen Vorschriften der §§ 1984 B.G.B., 7 K.O. keine Anwendung finden können. [1])

Unberechtigt dürfte dagegen die größtenteils vertretene Ansicht sein, daß der nach Anordnung der Nachlaßverwaltung erfolgte gutgläubige Erwerb einer beweglichen Nachlaßsache dann geschützt sein soll, wenn der Dritte ohne grobe Fahrlässigkeit die Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum Nachlaß nicht kannte. [2]) Wäre dieser Standpunkt richtig, dann wäre es ziemlich zwecklos, wenn in § 7 K.O. der Schutz des gutgläubigen Fahrniserwerbs so entschieden abgelehnt wird, denn in Wirklichkeit wird sich kein Mensch darum kümmern, ob die von ihm erworbenen Sachen zu einem Nachlaß gehören, und man kann auch von niemand verlangen, daß er hierüber erst Nachforschungen anstellt. Die Tendenz des Gesetzes ist vielmehr folgende: Grundsätzlich soll der Schutz des guten Glaubens für jeden Erwerb vom Erben nach Anordnung der Nachlaßverwaltung ausgeschlossen sein. Für unbewegliche Sachen läßt sich jedoch dieses Prinzip mit Rücksicht auf die notwendige Verkehrssicherheit im Grundstücksverkehr nicht durchführen. Bei beweglichen Sachen ist dagegen dieses schutzwürdige Interesse viel geringer und wird von dem Bestreben, die Nachlaßgläubiger vor Schaden zu bewahren, weit überwogen. Daß dabei keine Rücksicht darauf genommen werden kann, ob der Dritte die Zugehörigkeit der erworbenen Sache zum Nachlaß kannte, ist begreiflich.

4.) Aus der Vorschrift des § 1984/I, daß der Erbe mit

[1]) Vergl. Jaeger Anm. 34 zu § 7 K.O.

[2]) So Strohal II Seite 277 Anm. 19 a, Planck Anm. 2 a zu § 1984, Leonhard Anm. II zu § 1984.

der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Befugnis verliert, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, ergibt sich ferner, daß dem Erben von der Anordnung der Separation ab auch die Aktivlegitimation bezüglich des Nachlasses genommen wird. Das gleiche gilt von der Passivlegitimation und dieser letztere Fall ist sogar im Gesetz ausdrücklich erwähnt. (§ 1984/I/3). Allerdings ist hier eine gewisse Ausnahme dann gegeben, wenn der Erbe unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, denn dann kann ein an sich gegen den Nachlaß gerichteter Anspruch auch nach Anordnung der Nachlaßverwaltung gegen den Erben geltend gemacht werden. In § 2013 ist § 1984/I/2 zwar nicht aufgeführt, aber ganz mit Recht, denn wenn einmal der Erbe unbeschränkt haftet, und wenn er von einem Gläubiger, der an sich Nachlaßgläubiger ist, belangt wird, dann richtet sich dieser Anspruch nicht mehr gegen den Nachlaß, sondern er richtet sich gegen den Erben persönlich, sodaß jetzt ein Fall des § 1984/I/3 in Wirklichkeit nicht mehr vorliegt. In allen übrigen Fällen kann der Erbe in einem Prozeß über den Nachlaß weder als Kläger noch als Beklagter auftreten und das Gericht muß jede solche Klage von amtswegen abweisen, wenn ihm die Anordnung der Nachlaßverwaltung aus eigenem Wissen bekannt ist, oder wenn sie aus dem Vorbringen der Parteien hervorgeht. [1])

Da der Verlust der Aktiv- und Passivlegitimation entsprechend dem Zweck der Nachlaßverwaltung nur die wirtschaftliche Seite der Erbschaft betrifft, sind alle Klagen, die zwar gegen den Erben als solchen, also als den Rechtsnachfolger des Erblassers gerichtet sind, aber keinen direkten Einfluß auf die Masse und den Bestand des Nachlasses ausüben wollen, auch nach der Separation möglich. So können besonders die Pflichtteilsberechtigten auch während der Nachlaßverwaltung ihren Anspruch auf Auskunfterteilung über den Nachlaß gegen den Erben geltend machen. [2])

War ein Rechtsstreit über den Nachlaß schon anhängig, bevor die Verwaltung angeordnet wurde, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der Nachlaßverwalter dem Gegner Anzeige von seiner Bestellung macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Verwalter anzeigt. (§ 241/I, II Z.P.O.). Diese Vorschrift dient sowohl dem Interesse der Nachlaßgläubiger, wie dem des Erben, die beide Schaden leiden können, wenn der Nachlaß nicht ordnungsgemäß durch eine solche Person im Prozeß vertreten ist, die gleichmäßig und unparteiisch die beiderseitigen Rechte wahrnimmt. Um so unbegreiflicher ist es, daß eine

[1]) Binder I S. 196.

[2]) Vergl. R.G.R.K. Anm. 4 zu § 1984.

solche Unterbrechung dann nicht eintreten soll, wenn der Erbe einen Prozeßbevollmächtigten zu seiner Vertretung bestellt hat. (§ 246 Z.P.O.). Die Aufnahme der Nachlaßverwaltung in die in § 246 Z.P.O. enthaltene Aufstellung ist jedenfalls nicht vollkommen konsequent. In den übrigen dort genannten Fällen handelt es sich ausschließlich um solche, bei denen der in § 241 erstrebte Zweck, nämlich der Schutz der Partei, schon durch das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten gegeben, und bei denen also eine Unterbrechung nicht mehr nötig ist. Anders ist es dagegen bei der Nachlaßverwaltung; hier hat die Unterbrechung keineswegs allein den Zweck, eine nicht vertretene Partei zu schützen, hier soll auch der Nachlaßgläubiger geschützt werden, und das geschieht doch nicht dadurch, daß ein Prozeßbevollmächtigter des Erben vorhanden ist, der sicher nicht allzusehr für den Schutz der Nachlaßgläubiger sorgen wird. Die vom Gesetz vorgeschriebene Anwendung des § 246 Z.P.O. ist infolgedessen nicht ganz folgerichtig und kann zu schweren Konflikten führen.

Haftet der Erbe bei Anordnung der Nachlaßverwaltung schon unbeschränkt, so wird ein schwebender Rechtsstreit über den Nachlaß nur dann unterbrochen, wenn die Nachlaßgläubiger trotz der unbeschränkten Haftung nicht das Privatvermögen des Erben in Anspruch nehmen wollen, sondern einen gegen den Nachlaßverwalter wirksamen Vollstreckungstitel anstreben, um gegen den Nachlaß vorgehen zu können. Ist es dagegen den Nachlaßgläubigern gleichgültig, ob sie statt aus dem Nachlaß aus dem Erbenvermögen befriedigt werden, oder streben sie absichtlich eine Vollstreckung in das Privatvermögen des Erben an, dann wird das Verfahren nicht unterbrochen, da es ja an einem rechtlichen Interesse — dem Schutz der Nachlaßgläubiger — mangelt.[1])

5.) Eine weitere Folge des Separationsgedankens ist es, daß nach Anordnung der Nachlaßverwaltung auch das persönliche Vermögen des Erben nur mehr für die persönlichen Erbenschulden haftet und dem Zugriff der Nachlaßgläubiger entzogen wird, vorausgesetzt natürlich, daß dem Erben die Beschränkungseinrede noch zusteht. Der Erbe kann sich deshalb aller Maßnahmen der Zwangsvollstreckung in sein Privatvermögen, die wegen einer Erbschaftsschuld erfolgen, erwehren. Die Ausübung dieses Rechts ist aber an verschiedene Voraussetzungen geknüpft, je nachdem das der Vollstreckung zugrundeliegende Urteil noch gegen den Erblasser oder gegen den Erben vor Anordnung der Nachlaßverwaltung erging oder ob es gegen den Nachlaßverwalter erlassen wurde. Richtete sich das Urteil gegen den Erblasser oder gegen den Nachlaß-

[1]) Vergl. Stein-Jonas Anm. I/3 zu § 241.

verwalter, dann kann der Erbe ohne weiteres verlangen, „daß die Maßregeln der Zwangsvollstreckung, die zu Gunsten eines Nachlaßgläubigers in sein nicht zum Nachlaß gehöriges Vermögen erfolgt sind, aufgehoben werden, es sei denn, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet." (§ 784/I Z.P.O.). War dagegen das Urteil nicht gegen den Erblasser und auch nicht gegen den Nachlaßverwalter, sondern gegen den Erben vor Anordnung der Separation ergangen, so kann sich dieser der Zwangsvollstreckung in sein Privatvermögen nur dann erwehren, wenn er sich die Beschränkung seiner Haftung im Urteil hat vorbehalten lassen (§ 780/I Z.P.O.) ,oder wenn der Vorbehalt nicht erforderlich ist, wie zum Beispiel, wenn der Fiskus als gesetzlicher Erbe verurteilt wurde. (§ 780/II Z.P.O.). Hat der Erbe in dem Rechtsstreit die Einrede der beschränkten Haftung nicht erhoben und wurde ihm infolgedessen im Urteil der Haftungsvorbehalt nicht ausgesprochen, so muß er es sich gefallen lassen, daß der betreffende Gläubiger auch nach Anordnung der Nachlaßverwaltung die Zwangsvollstreckung in sein Privatvermögen betreibt.

Der Erbe kann sich eines Zugriffs in sein Privatvermögen in jedem Stadium der Zwangsvollstreckung erwehren; zu verlangen ist nur, daß dieselbe noch im Gange und noch nicht abgeschlossen ist. Zum Beweise seines Rechts muß der Erbe darlegen, daß der vollstreckende Gläubiger Nachlaßgläubiger ist, und daß der von der Vollstreckung ergriffene Gegenstand nicht zum Nachlaß gehört. Sache des Nachlaßgläubigers wird es dagegen sein, gegebenenfalls nachzuweisen, daß der Erbe trotz Anordnung der Nachlaßverwaltung unbeschränkt haftet, etwa weil er eine Inventarfrist versäumt hat. Die Form, in welcher der Erbe seine Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung geltend zu machen hat, ist die Klage, und zwar die Vollstreckungsgegenklage (§§ 785, 767 Z.P.O.) mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären.

Umgekehrt kann sich aber der Nachlaßverwalter solcher Vollstreckungshandlungen nicht erwehren, die auf Grund eines gegen den Erben als solchen ergangenen Urteils erfolgen. „Es ist hiebei nicht einmal nötig, daß die Vollstreckungsklausel gegen den Nachlaßverwalter erlassen ist und zwar gleichgültig, ob der Nachlaßverwalter als gesetzlicher Vertreter des Erben anzusehen ist oder ob man ihm eine ganz oder teilweise selbstständige Parteistellung zuerkennen will. Im ersten Fall ist das Verhältnis zwischen dem Nachlaßverwalter und dem Erben nicht anders geartet wie das Verhältnis zwischen dem Vormund und dem Mündel, zwischen dem Pfleger und dem Pflegling, und hier ist anerkannten Rechtes, daß von einer Rechtsnachfolge des Vormunds oder Pflegers im Sinne des § 727 Z.P.O. nicht gesprochen werden kann, weil der Mündel und

der Pflegling trotz der Beschränkung durch den gesetzlichen Vertreter Inhaber aller ihrer Rechte und Pflichten bleiben. Räumt man aber dem Nachlaßverwalter eine selbständige Parteistellung ein, so kommt sie ihm nur innerhalb des in § 1984 gezogenen Kreises zu, sie erschöpft sich in der Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, läßt aber gleichfalls die Inhaberschaft des Erben bezüglich seiner Rechte und Verpflichtungen vollständig unberührt. Der Nachlaßverwalter hat sich zwar „wie" der Eigentümer der Nachlaßgegenstände, „wie" der Schuldner der Nachlaßverpflichtungen zu verhalten, ist aber trotzdem nicht der wahre Eigentümer und der wahre Schuldner; beides ist und bleibt trotz der Nachlaßverwaltung der Erbe. Dieser Umstand führt auch hier zu der Annahme, daß mangels einer rechtlichen Nachfolge des Nachlaßverwalters in den Nachlaß und damit auch im Sinne des § 727 Z.P.O. zur Vollstreckung eines gegen den Erben ergangenen Urteils in den Nachlaß die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Nachlaßverwalter, wenn nicht überhaupt unzulässig, so doch zum mindesten nicht erforderlich erscheint." [1])

6.) Um den Nachlaß möglichst in seiner ursprünglichen Gestalt, oder doch wenigstens in seinem ursprünglichen Wert den Nachlaßgläubigern zur Verfügung stellen zu können, bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch, daß der Erbe für seine Verwaltung des Nachlasses bis zur Anordnung der Separation verantwortlich sein soll. Dies bedeutet eine gewisse Erweiterung des ganzen Separationsgedankens gegenüber dem Römischen Recht, aber nur in der Richtung einer konsequenten Durchführung des ganzen Prinzips. Die Verfügungen des Erben lassen sich allerdings nicht mehr ungeschehen machen, aber an die Stelle der durch diese Verfügungen dem Nachlaß verlorenen Werte tritt jetzt unter Umständen die Pflicht des Erben, Ersatz aus seinem Privatvermögen zu leisten. Die Einrede der beschränkten Haftung nützt dem Erben in diesem Falle nichts, da ja gerade bei der beschränkten Erbenhaftung das Interesse der Nachlaßgläubiger an der Verantwortlichkeit des Erben am größten ist. Was den Umfang der Ersatzpflicht betrifft, so gelten verschiedene Maßstäbe für die Zeit vor der Annahme der Erbschaft und für die Zeit nach der Annahme.

Bis zur Annahme der Erbschaft haftet der Erbe wie ein negotiorum gestor, denn er ist ebensowenig wie ein solcher verpflichtet, sich um den Nachlaß auf irgend eine Weise zu kümmern. Erleidet dadurch der Nachlaß eine Verminderung und werden so die Nachlaßgläubiger geschädigt, dann kann er von keinem Menschen dafür verantwortlich gemacht werden.

[1]) Beschluß des L.G. München I v. 12. II. 1906, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 71 Seite 491.

Greift er aber irgendwie in die erbschaftlichen Geschäfte ein, dann muß er sich bewußt sein, daß er möglicherweise fremde Geschäfte führt und hieraus ergibt sich auch seine Haftung. Natürlich sind nicht sämtliche Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ohne weiteres hier anwendbar; die Anwendbarkeit der einzelnen Bestimmungen muß sich aus der Natur der Sache ergeben und diese bedingt, daß z. B. die §§ 685/II und 687 nicht in Betracht kommen können. Im übrigen haftet der Erbe für die Zeit bis zum Erbschaftsantritt für jedes Verschulden; nur wenn er mit seiner Geschäftsführung die Abwendung einer dem Nachlaß drohenden dringenden Gefahr bezweckte, dann hat er nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. (§ 680 B.G.B.).

Durch die Annahme der Erbschaft entstand dagegen für den Erben die Pflicht, den Nachlaß zu verwalten. Allerdings wird diese den Nachlaßgläubigern gegenüber bestehende Pflicht erst mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung wirksam, sie greift aber dann zurück bis zur Annahme selbst. Die Vorschriften über die negotiorum gestio können hier nicht mehr zur Anwendung kommen; von der Erbschaftsannahme an richtet sich vielmehr die Haftung des Erben nach den Bestimmungen des Auftrags. Er haftet auch hier für jedes Verschulden, nicht etwa nur für culpa in concreto. Er ist infolgedessen dafür verantwortlich, daß er den Nachlaß ordnungsgemäß in Besitz nahm und ihn ohne Verletzung der im Verkehr üblichen Regeln verwaltete. Aus der Tatsache dieser Verantwortlichkeit ergibt sich ferner die Pflicht des Erben, nach Anordnung der Nachlaßverwaltung dem Verwalter Rechenschaft abzulegen und — soweit dies noch nicht geschehen ist — ein Bestandsverzeichnis aufzustellen.

Für seine Verwaltung ist der Erbe den Nachlaßgläubigern nicht etwa direkt verantwortlich. Das Gesetz spricht zwar von Ansprüchen, „die den Nachlaßgläubigern zustehen", § 1978/II, aber das bedeutet nur, daß die Gläubiger indirekt berechtigt sind, insoferne ihnen das aus den Ansprüchen Erlangte zugute kommt. Der gleiche Abs. II des § 1978 bestimmt aber, daß diese Ansprüche als zum Nachlaß gehörend gelten sollen; sie müssen also vom Nachlaßverwalter geltend gemacht werden und dieser muß dann die Ersatzleistungen des Erben zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger verwenden.

Eine bestimmte Gruppe von Verwaltungshandlungen liegt unter Umständen außerhalb der Verantwortung des Erben. Hat dieser nämlich Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt, so müssen die Nachlaßgläubiger diese Berichtigung als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht, (§ 1979).

Wenn also der Erbe nach reiflicher Prüfung der gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse des Nachlasses zu der Ueberzeugung kam, daß der Nachlaß nicht überschuldet ist, so konnte er unbedenklich einzelne Verbindlichkeiten begleichen, ohne sich ersatzpflichtig zu machen, auch wenn sich später die Ueberschuldung des Nachlasses ergibt. Wie weit diese Prüfung des Erben im einzelnen gehen muß, das bestimmt sich nach den Umständen des Falles, die sehr verschieden sein können, je nachdem, ob es sich um den Nachlaß eines wirtschaftlich nicht tätigen Erblassers handelt, oder ob ein ganzer ausgedehnter Geschäftsbetrieb hinterlassen wurde. Auf jeden Fall wird der Erbe dann gedeckt sein, wenn er vor der Erfüllung einer Nachlaßschuld das Aufgebotsverfahren zur Ermittelung der Nachlaßgläubiger durchgeführt hat.

Da die Ersatzpflicht des Erben nur dann von praktischer Bedeutung und von Interesse für die Nachlaßgläubiger ist, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt haftet, so bestimmt das Gesetz in § 2013, daß der Erbe dann nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er unbeschränkt haftet. Hat der Erbe die Beschränkungseinrede schon verloren, dann kann es den Nachlaßgläubigern gleich sein, ob sie für ein etwaiges Verschulden des Erben in der Verwaltung des Nachlasses dadurch entschädigt werden, daß dieser Ersatz zum Nachlaß leisten muß, oder dadurch, daß sie sich mit einer Forderung, die aus Verschulden des Erben im Nachlaß keine Deckung mehr findet, gleich direkt an das Erbenvermögen halten.

7.) Der Verantwortlichkeit des Erben steht auf der andern Seite sein Recht gegenüber, für die von ihm auf die Erbschaft gemachten Aufwendungen Ersatz zu verlangen. (§ 1978). [1]) Der Umfang dieses Rechts ist ebenso wie die Verantwortlichkeit verschieden und richtet sich wieder darnach, ob der Erbe die Aufwendungen vor oder nach Annahme der Erbschaft gemacht hat. Erfolgten die Aufwendungen vor der Annahme, so kann der Erbe Ersatz nur wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag verlangen, also nur insoweit, als die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Nachlasses und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Nachlaßgläubiger entsprach. (§ 683). Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so muß der Nachlaßverwalter dem Erben alles, was durch die Aufwendungen in den Nachlaß gelangte, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung wieder zurückgeben. Ist jedoch der Nachlaß aus irgendwelchen Gründen nicht mehr bereichert, dann geht der Erbe leer aus. Machte der Erbe dagegen die Aufwendungen erst nach dem Erbschafts-

[1]) Vergl. §§ 256, 257 B.G.B.

antritt, so kann er für sie soweit Ersatz verlangen, als er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Das bei der negotiorum gestio erforderte objektive Moment, daß die Geschäftsführung tatsächlich dem Interesse des Nachlasses diente, ist hier nicht mehr erforderlich, sodaß sich also der Erbe in einer weitaus günstigeren Lage befindet, wenn er die Aufwendungen erst nach der Annahme der Erbschaft gemacht hat.

Streitig ist es nun, ob der Erbe wegen seiner Aufwendungen auf den Nachlaß dem Nachlaßverwalter gegenüber das Zurückbehaltungsrecht des § 273 hat. Eine große Anzahl von Schriftstellern [1]) verneint dies und bezieht sich dabei auf die Vorschrift des § 223 K.O., der dem Erben ein solches Zurückbehaltungsrecht für den Fall des Nachlaßkonkurses ausdrücklich versagt. Diese Ausdehnung einer speziell konkursrechtlichen Bestimmung auf die Nachlaßverwaltung erscheint bedenklich, da sie sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch in keiner Weise rechtfertigen läßt, und da ein Zurückbehaltungsrecht des Erben im Nachlaßkonkurs aus Gründen ausgeschlossen ist, die bei der Nachlaßverwaltung überhaupt nicht vorliegen. Die Nachlaßverwaltung ist zwar in gewissem Sinne entsprechend der Konkursverwaltung gestaltet und auch der Nachlaßverwalter hat eine ähnliche rechtliche Stellung wie der Konkursverwalter. Gleichwohl besteht zwischen der Aufgabe des Nachlaßverwalters und der des Konkursverwalters ein grundlegender und gerade für die Frage des Zurückbehaltungsrechtes entscheidender Unterschied. Der Konkursverwalter hat alle Forderungen, die überhaupt im Nachlaßkonkurs geltend gemacht sind, nach gleichem Verhältnis zu befriedigen und hierunter fallen auch die Verwendungsersatzforderungen des Erben, wenn sie auch als Masseschulden ein gewisses Vorzugsrecht haben. (§§ 224 Nr. 1, 59 K.O.). Es ist aber doch leicht möglich, daß der Nachlaß so gering ist, daß nicht einmal die Massekosten und die Masseschulden voll gedeckt sind, und dann werden eben auch die Ersatzansprüche des Erben nur anteilsmäßig befriedigt. Diese anteilsmäßige Befriedigung aller Gläubiger, auch des Erben als Gläubiger seiner Ersatzforderung, ist Hauptzweck des Konkurses, und dieser würde vereitelt werden, wenn ein Gläubiger, nämlich der Erbe, für seine Verwendungsersatzforderung ein Zurückbehaltungsrecht hätte und sich so voll für seine Forderung befriedigen könnte, während die übrigen nur teilweise zu ihrem Recht kommen. Bei der Nachlaßverwaltung dagegen ist die Sache ganz anders. Hier ist die Befriedigung der Nachlaßgläubiger als solche zum Ziel des ganzen Verfahrens gemacht, und zwar die volle, nicht nur die anteilsmäßige

[1]) Vergl. Strohal § 78 Nr. 16, Kretschmar § 80 Nr. 17, Staudinger Anm. 3 und Warneyer Anm. V zu § 1978.

Befriedigung, da ja die Nachlaßverwaltung normalerweise nur über einen nicht überschuldeten Nachlaß angeordnet wird. Wenn aber der Nachlaß nicht überschuldet ist, wenn also alle Gläubiger und damit auch der Erbe für seine Verwendungsersatzansprüche voll befriedigt werden können, dann ist es ganz unbedenklich, wenn man dem Erben ein Zurückbehaltungsrecht gewährt, denn ein solches hat im Falle der Nachlaßverwaltung auf die Befriedigung der Nachlaßgläubiger höchstens den einen Einfluß, daß es vielleicht eine Verzögerung derselben bewirkt. [1])

8.) Eine weitere einschneidende Wirkung der auf Antrag der Nachlaßgläubiger angeordneten Nachlaßverwaltung ist es, daß auch sie die Beschränkung der Erbenhaftung herbeiführt. Da diese Wirkung jedoch nicht aus dem Wesen und Zweck der Separation entspringt, sondern ein Ausfluß ganz anderer rechtlicher und tatsächlicher Erwägungen ist, soll sie im Rahmen dieser Arbeit nicht näher behandelt werden. Natürlich tritt die Haftungsbeschränkung dann nicht ein, wenn der Erbe die Beschränkungseinrede schon vor der Separation verloren hat.

§ 13.

Sonstige Wirkungen der Nachlaßverwaltung.

I. Wirkungen auf die Nachlaßschuldner.

Auch die Nachlaßschuldner, die doch an sich mit der Separation und ihrem Zweck wenig zu tun haben, werden von der Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht unberührt gelassen. Allerdings hat die Nachlaßverwaltung keinen Einfluß auf die Schuld als solche und auf die Fälligkeit der Leistung, sie wirkt nur auf die Art und Weise der Erfüllung ein, insoferne, als der Schuldner jetzt nicht mehr an den Erben, sondern an den Nachlaßverwalter leisten muß. Würde nun der Schuldner nach erfolgter Separation dennoch an den Erben erfüllen, dann müßte eigentlich diese Leistung nach der strengen Regel des § 1984/I den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksam sein, denn die Annahme der Leistung durch den Erben bedeutet eine Verfügung über eine zum Nachlaß gehörige Forderung, die der Erbe nach der Separation nur mehr beschränkt wirksam vornehmen kann. Das Gesetz hat aber hier zu Gunsten der Nachlaßschuldner eine Ausnahme geschaffen und den § 8 K.O. für anwendbar erklärt, der eine solche nach Anordnung der

[1]) Vergl. hiezu besonders O.L.G. Bd. 35 Seite 18; ferner R.G.R.K. Anm. 5 zu § 1978.

Nachlaßverwaltung erfolgte Leistung unter gewissen Voraussetzungen den Nachlaßgläubigern gegenüber wirksam werden läßt. Es handelt sich hier um folgende Bestimmungen:

1. Eine Leistung, welche auf eine zum Nachlaß zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung an den Erben erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Nachlaßgläubigern gegenüber nur insoweit, als das Geleistete in den Nachlaß gekommen ist. (§ 8/I K.O.).
2. War die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so ist der Erfüllende befreit, wenn ihm nicht bewiesen wird, daß ihm zur Zeit der Leistung die Anordnung der Verwaltung bekannt war. (§ 8/II).
3. War die Leistung nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so wird der Erfüllende befreit, wenn er beweist, daß ihm zur Zeit der Leistung die Anordnung der Verwaltung nicht bekannt war. (§ 8/III K.O.).

Der Absatz I des § 8 K.O. bestimmt also ohne Unterschied, ob die Anordnung der Nachlaßverwaltung dem leistenden Nachlaßschuldner bekannt war oder nicht, daß dieser dann von seiner Verbindlichkeit befreit wird, wenn die Leistung tatsächlich in den Nachlaß gelangt ist. Entscheidend ist hier, ob die Leistung mit ihrem wirtschaftlichen Wert den Nachlaß vermehrt hat, sei es, daß der Erbe freiwillig das Geleistete dem Nachlaßverwalter herausgegeben hat, sei es, daß diese Herausgabe erst nach einer Klage des Nachlaßverwalters erfolgte. Der Schuldner bleibt auch dann befreit, wenn seine Leistung, nachdem sie einmal in den Nachlaß gelangt war, demselben auf irgend eine Weise wieder entzogen wird.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, daß der Schuldner die Umstände zu beweisen hat, die ihn von seiner Leistungspflicht befreien; er muß also darlegen, daß tatsächlich seine Leistung in den Nachlaß gekommen ist. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so ist er nach wie vor dem Nachlaß leistungspflichtig, es sei denn, daß eine der in Abs. II und III genannten Ausnahmen vorliegt. Er muß infolgedessen noch einmal erfüllen, hat aber dann zum mindesten einen Bereicherungsanspruch gegen den Erben. Zu einem abweichenden Ergebnis kommen Jäger[1]) und Bleyer[2]), welche annehmen, daß der zur nochmaligen Leistung in den Nachlaß in Anspruch genommene Drittschuldner nach Treu und Glauben vom Nachlaßverwalter verlangen kann, daß dieser den Gegenstand der Leistung vom Erben einziehe, soweit er noch vorhanden ist und soweit die Einziehung ohne weiteres möglich ist. Wenn der

[1]) Anm. I, 7 zu § 8 K.O.
[2]) Anm. 1 zu § 8 K.O.

Gesetzgeber dem Nachlaßverwalter diese Pflicht hätte auferlegen wollen, so hätte er es klar und deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Aus dem Wortlaut des § 8/I ergibt sich aber gerade das Gegenteil, denn er bekundet in seiner präzisen Form den Willen des Gesetzgebers, daß der Drittschuldner einzig und allein dann eine nochmalige Leistung verweigern darf, wenn schon die erste Leistung in den Nachlaß gelangt ist, nicht aber schon dann, wenn dem Nachlaßverwalter die Möglichkeit offensteht, auf dem Umweg über den Erben den Gegenwert der Nachlaßforderung hereinzubekommen. Neben dieser eindeutigen Absicht des Gesetzgebers hat das Prinzip von Treu und Glauben keinen Platz mehr.

Die Absätze II und III bringen eine weitere Milderung der unangenehmen und gefährlichen Lage, die mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung für die Schuldner des Nachlasses geschaffen wurde. Die Erbschaftsschuldner sollen auch dann durch eine Leistung an den Erben befreit werden, wenn ihnen die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht bekannt war, selbst wenn die Leistung tatsächlich nicht in den Nachlaß gelangte. Das Gesetz enthält hier verschiedene Bestimmungen für die Leistungen, die vor der öffentlichen Bekanntmachung der Anordnung erfolgten und für jene, die nach der Anordnung bewirkt wurden; der Unterschied besteht jedoch allein in der verschiedenen Verteilung der Beweislast. Für Leistungen vor der öffentlichen Bekanntmachung muß dem Schuldner durch den Nachlaßverwalter die Kenntnis von der Eröffnung nachgewiesen werden; solange dies nicht geschehen ist, wird Unkenntnis des Schuldners angenommen. Für die Zeit nach der öffentlichen Bekanntmachung wird dagegen vermutet, daß der Schuldner von der Separation wußte, und jetzt muß *er* beweisen, daß er in gutem Glauben handelte.

Für alle diese Leistungen, gleichgültig, ob sie vor oder nach der Anordnung der Bekanntmachung erfolgten, kommt nur die tatsächliche Kenntnis des Schuldners in Betracht, nicht schon ein bloßes Kennenmüssen, selbst wenn die Unkenntnis auf der allergröbsten Fahrlässigkeit beruhte. Kannte dagegen der Erbschaftsschuldner die Anordnung der Nachlaßverwaltung, befand er sich aber in einem Irrtum über die rechtliche Wirkung dieser Anordnung, so nützt ihm dieser Irrtum nichts. Angenommen, er leistet an den Erben, in der Meinung, daß dieser auch nach erfolgter Separation der allein berechtigte Empfänger sei, so wird er durch diese Leistung nicht befreit, sondern muß vorbehaltlich der Anwendung des Abs. I nochmals zum Nachlaß leisten.

Möglich ist es nun, daß der Drittschuldner nicht persönlich, sondern durch Vermittlung eines Vertreters an den Erben geleistet hat. Hier gelten grundsätzlich die gleichen Regeln,

wie wenn er persönlich gehandelt hätte. Eine kleine Verschiebung tritt dabei nur insoweit ein, als die Kenntnis von der Anordnung der Nachlaßverwaltung in Betracht kommt. Beim gesetzlichen Vertreter entscheidet allein dessen Wissen. Lag jedoch ein Fall der gewillkürten Stellvertretung vor und hatte der Bevollmächtigte den Weisungen des Schuldners zu folgen, dann kommt nur die Kenntnis des Erbschaftsschuldners selbst in Betracht, und dieser kann sich nicht auf eine etwaige Unkenntnis des Bevollmächtigten berufen. Das gleiche wird auch dann zu gelten haben, wenn sich der Bevollmächtigte zwar nicht grundsätzlich an bestimmte Anordnungen des Schuldners zu halten brauchte, wenn aber der Schuldner die Möglichkeit gehabt hätte, seine Kenntnisse von der Anordnung dem Vertreter mitzuteilen, und wenn er von dieser Möglichkeit schuldhaft keinen Gebrauch gemacht hat.

Die in § 8/II, III K.O. geschaffenen Ausnahmen durchbrechen die strengen Regeln der Separation und deren Konsequenzen. Aber sie tun dies nur zugunsten eines schutzwürdigen Interesses, da man den Nachlaßgläubiger nicht durch ein Ereignis zu Schaden kommen lassen kann, das völlig außerhalb seiner eigenen Wirksamkeit liegt und nach dem er sich doch nur dann in seinem Verhalten einstellen kann, wenn es ihm tatsächlich bekannt ist.

II. Wirkungen auf die Erbengläubiger.

Auch die Gläubiger des Erben werden in mancher Beziehung von der Anordnung der Nachlaßverwaltung in ihrer rechtlichen Stellung betroffen. Hier ist zunächst der oben schon ausführlich behandelte Fall zu erwähnen, daß ein persönlicher Gläubiger des Erben gegen eine zum Nachlaß gehörige Forderung aufgerechnet hat. Eine solche Aufrechnung führt einerseits zu einer Minderung des Nachlasses und dadurch zu einer empfindlichen Benachteiligung der Nachlaßgläubiger, auf der andern Seite aber bereichert sie unter Umständen in ungerechtfertigter Weise den Gläubiger des Erben, der vielleicht vom Erben seine Forderung nie hätte eintreiben können, während er selbst an den Erblasser hätte zahlen müssen. § 1977/II bestimmt infolgedessen, daß diese Aufrechnungen unwirksam sein sollen und als nicht erfolgt anzusehen sind. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung lebt dann die Forderung des Nachlasses gegen den Erbengläubiger, und ebenso die Forderung des Erbengläubigers gegen den Erben wieder auf.

Am einschneidendsten wird die Stellung der Erbengläubiger dadurch verändert, daß sie, entsprechend dem Hauptzweck der Separation, nach Anordnung der Nachlaßverwaltung keine

Möglichkeit mehr haben, sich wegen ihrer Forderung an die Erbschaft zu halten. Alle Zwangsvollstreckungen und Arreste in den Nachlaß zugunsten eines Gläubigers, der nicht Nachlaßgläubiger ist, sind jetzt ausgeschlossen (§ 1984/II). Gerade diese Vorschrift ist die hauptsächlichste Maßnahme, um zugunsten der Nachlaßgläubiger die Wirkungen des Erbfalls möglichst wieder aufzuheben und ihnen den Nachlaß so zur Verfügung zu stellen, wie er vor dem Tode des Erblassers war. Die einzige Möglichkeit für die Erbengläubiger, sich noch an den Nachlaß zu halten, besteht darin, daß sie den Anspruch des Erben auf Herausgabe eines allenfalls noch verbleibenden Restes des Nachlasses, den er gegen den Nachlaßverwalter hat, jetzt schon pfänden können.

Neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch greift hier auch noch die Zivilprozeßordnung ein, die den Nachlaßgläubigern in § 784/II das Recht gibt, die Wiederaufhebung aller Maßnahmen der Zwangsvollstreckung zu verlangen, die zugunsten eines anderen Gläubigers als eines Nachlaßgläubigers in den Nachlaß erfolgt sind. Es ist also nicht nur die Neuvornahme von Vollstreckungshandlungen wegen persönlicher Schulden des Erben unzulässig, auch eine schon im Gange befindliche Vollstreckung in den Nachlaß kann nach Anordnung der Nachlaßverwaltung wieder aufgehoben werden. Die Geltendmachung dieses an sich den Erbschaftsgläubigern zustehenden Rechtes ist Aufgabe des Nachlaßverwalters und zwar muß er zu diesem Zwecke eine Klage nach § 767 Z.P.O. stellen. Eine notwendige Voraussetzung dieser Klage ist es jedoch, daß die Vollstreckungshandlungen noch irgendwie im Gange sind; sind sie dagegen schon abgeschlossen, dann kann der Nachlaßverwalter auf diesem Wege nichts mehr erreichen, es steht ihm höchstens noch die Möglichkeit offen, einen Bereicherungsanspruch gegen den Erben geltend zu machen.

Erhebt der Nachlaßverwalter keine Klage gegen eine im Gange befindliche Zwangsvollstreckungshandlung der Erbengläubiger und ergeht infolgedessen auch kein Urteil, das die Unzulässigkeit dieser Maßnahmen ausspricht, dann geht die Vollstreckung weiter, ohne daß sich die einzelnen Nachlaßgläubiger derselben erwehren könnten.

III. Wirkungen auf die Nachlaßgläubiger.

Am meisten werden neben dem Erben die Nachlaßgläubiger durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung berührt, denn sie erwirken durch die separatio bonorum das Recht auf alleinige Befriedigung aus dem Nachlaß. Sie sind jetzt vor allen Gefahren geschützt, die ihnen durch die Einwirkungen des Erben

auf den Nachlaß und ganz besonders durch den Zugriff der Erbengläubiger drohten. Aus dieser Hauptwirkung der Separation und aus dem grundlegenden Unterschied zwischen Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs [1]) folgt weiter, daß es den Nachlaßgläubigern auch nach Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht verwehrt sein kann, in den Nachlaß zu vollstrecken. Der abgesonderte Nachlaß hat ausschließlich den Zweck, der Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu dienen, und solange sich nicht die Ueberschuldung des Nachlasses herausstellt, kann diese Befriedigung ohne weiteres im Wege der Zwangsvollstreckung nach dem Grundsatze der reinen Prävention geschehen, da ja durch dieses Vorgehen eines Nachlaßgläubigers die Rechte der übrigen nicht geschmälert werden.

Umgekehrt verlieren dagegen die Nachlaßgläubiger als Folge der bis zur letzten Konsequenz durchgeführten Trennung zwischen Nachlaß und Erbenvermögen auch das Recht, sich wegen ihrer Forderungen an das persönliche Vermögen des Erben zu halten (§ 784/I Z.P.O.). Voraussetzung ist natürlich, daß der Erbe noch nicht unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, denn andernfalls könnte man den Nachlaßgläubigern einen Zugriff ins Erbenvermögen nicht verwehren. Hat dagegen der Erbe die Beschränkungseinrede noch nicht verloren, so kann er im Wege der Klage verlangen, daß die Zwangsvollstreckung durch das Gericht für unzulässig erklärt wird.

Die rechtliche Stellung der Nachlaßgläubiger wird mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung zugunsten des Erben weiterhin dadurch beeinträchtigt, daß Aufrechnungen, die ein Nachlaßgläubiger vor der Separation mit seiner Forderung gegen eine nicht zum Nachlaß gehörige Forderung des Erben vorgenommen hat, nach Anordnung der Nachlaßverwaltung als nicht erfolgt anzusehen sind. (§ 1977/I). Auch durch diese Aufrechnungen wurde das Erbenvermögen zugunsten des Nachlasses geschmälert, und die Berechtigung zu dieser Schmälerung, die bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung bestand, ging mit der Separation verloren. Es ist also nicht mehr als recht und billig, daß jetzt die beiden Forderungen mit rückwirkender Kraft wiederaufleben, und daß sich sowohl der Erbe wie der Nachlaßgläubiger gesondert von ihren Schuldnern befriedigen lassen können. Auch für die Anwendung dieser Vorschrift ist jedoch zur Voraussetzung gemacht, daß der Erbe noch

[1]) Solventer Nachlaß und infolgedessen vollständige Befriedigung der Gläubiger bei der Nachlaßverwaltung — überschuldeter Nachlaß und infolgedessen nur anteilsmäßige Befriedigung beim Nachlaßkonkurs.

nicht unbeschränkt haftet, und also noch ein rechtliches Interesse am Wiederaufleben seiner Forderung hat. (§ 2013).

§ 14.

Der Nachlaßverwalter.

I. Seine rechtliche Stellung.

Um auf die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters eingehen zu können, ist es nötig, das Wesen der Nachlaßverwaltung selbst näher zu betrachten. Die Nachlaßverwaltung ist nach den Worten des Gesetzes „eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger". (§ 1975). Diese Begriffsbestimmung könnte auf den ersten Blick zu der Annahme einer Wesensgleichheit zwischen der Sicherungspflegschaft nach § 1960 und der Nachlaßverwaltung führen. Dem steht aber schon der völlig verschiedene Zweck der beiden Einrichtungen entgegen. Die Sicherungspflegschaft nach § 1960 ist ein Verfahren, das die Aufgabe hat, den Nachlaß für einen noch nicht sicher bekannten Erben zu bewahren und ihn vor schädigenden Einwirkungen, die irgendwie drohen können, zu schützen, da der Erbe selbst noch nicht in der Lage ist, seine Rechte wahrzunehmen. Sie ist also einzig und allein im Interesse des Erben gedacht und aus diesem Grunde ist der Nachlaßpfleger nach § 1960 unbedenklich als Vertreter des Erben anzusehen. Ganz anders ist es mit der Nachlaßverwaltung. Sie hat keineswegs den Zweck, den Nachlaß für einen noch nicht feststehenden Erben zu schützen, da ja bei ihr der Erbe schon längst bekannt ist. Sie soll vielmehr dem Interesse der Nachlaßgläubiger dienen, deren Befriedigung durch den Erben gefährdet ist. Dieser Zweck ist im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben, und damit ist schon der Hauptunterschied zwischen der Nachlaßverwaltung und der Pflegschaft nach § 1960 festgestellt. Der Wille des Gesetzgebers, zwischen Nachlaßverwaltung und Nachlaßpflegschaft scharf zu unterscheiden, ergibt sich auch deutlich aus den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches, in denen ausdrücklich hervorgehoben wurde, daß die gleichartige Bezeichnung „Nachlaßpfleger", wie sie ursprünglich für den Sicherungspfleger nach § 1960 und für den Nachlaßverwalter nach § 1975 geplant war, das Verständnis erschwere und zu Verwechslungen führen könne. [1]) Aus diesem Grunde wurde auch

[1]) Vergl. Protokolle VI Seite 338.

bei der Schlußredaktion des zweiten Entwurfes die Bezeichnung „Nachlaßverwalter" gewählt, um damit schon äußerlich darzulegen, daß die Nachlaßverwaltung keineswegs die gleiche Einrichtung ist wie die Sicherungspflegschaft. Die Nachlaßverwaltung grenzt vielmehr als reines Verfahren zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger in ihrem Wesen mehr an das des Nachlaßkonkurses, man kann sie wohl ein konkursähnliches Verfahren mit abgeschwächter Wirkung nennen. Sie entzieht dem Erben die Befugnis zur Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß genau so, wie der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung die Dispositionsbefugnis über die Konkursmasse verliert; Rechtshandlungen des Erben nach Anordnung der Nachlaßverwaltung sind wie die eines Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksam; endlich bildet die abgesonderte Nachlaßmasse genau wie die Konkursmasse einen dem Einfluß des Erben entzogenen Vermögenskomplex, der lediglich der Verwaltung und Verfügung eines amtlich bestellten Verwalters unterliegt, und der von diesem Verwalter gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird.

Aus der grundlegenden Verschiedenheit der Nachlaßverwaltung von der Sicherungspflegschaft und aus der Aehnlichkeit mit dem Konkurs bestimmt sich auch die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters und sein Verhältnis zur Erbschaft und zum Erben einerseits und zu den Nachlaßgläubigern andererseits, sie ist eine ähnliche, wie die des Konkursverwalters.

Mit dieser Feststellung ist jedoch die ganze Frage noch nicht gelöst, denn auch über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters ist weder in der Wissenschaft noch in der Praxis eine einheitliche Meinung zustande gekommen. Es stehen sich hier vier hauptsächliche Auffassungen gegenüber, die den Konkursverwalter bald als Vertreter des Gemeinschuldners, bald als Vertreter der Konkursmasse oder der Konkursgläubiger, bald als amtlich bestelltes Organ mit der Aufgabe, den Konkurs durchzuführen, betrachten. Diese letztere Theorie, die auch vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten wird, [1]) dürfte die richtige sein, und sie führt in der übertragenen Anwendung auf den Nachlaßverwalter allein zu einem befriedigenden Ergebnis. [2]) Als Vertreter des Erben, [3]) wie es der Sicherungspfleger ist, kann man den Nachlaßverwalter schon deswegen nicht ansehen, weil er doch nicht aufgestellt ist, um

[1]) R.G.Z. Bd. 29 S. 36, Bd. 35 S. 31, Bd. 47 S. 373, Bd. 52 S. 333, Bd. 53 S. 8, Bd. 65 S. 288.

[2]) Vergl. Strohal II § 79 Nr. 25, Warneyer Anm. II, R.G.R.K. Anm. I, Leonhard Anm. I zu § 1975; R.G.Z. Bd. 72 S. 260.

[3]) Vergl. Staudinger Anm. IV A zu § 1975, Jaenke S. 40 ff., Bay. Oberst. L.G. Bd. 6 S. 515.

allein dem Interesse des Erben zu dienen; er hat doch vielmehr eine im öffentlichen Interesse liegende doppelte Aufgabe, er hat sowohl das Interesse des Erben, wie das der Nachlaßgläubiger wahrzunehmen, und dieser Aufgabe kann er nur dann gerecht werden, wenn er sowohl vom Erben, wie von den Nachlaßgläubigern unabhängig ist und zu keiner dieser Personen in irgendwelchen Vertretungsbeziehungen steht. Ebensowenig kann man den Nachlaßverwalter als Vertreter des Nachlasses als solchen betrachten,[1]) denn der Nachlaß bleibt ja nach wie vor Eigentum des Erben und man kann ihn auch nicht mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung plötzlich zu einem vertretbaren Rechtssubjekt machen. Allen diesen Bedenken geht man aus dem Wege, wenn man mit den Vertretern der Amtstheorie den Nachlaßverwalter nicht als Vertreter irgend eines andern Rechtssubjektes, sondern als ein in Ausübung amtlicher Pflichten handelndes Verwaltungsorgan ansieht, das im eigenen Namen, und nicht im Namen des Erben oder der Nachlaßgläubiger tätig wird. Mit dieser Stellung als amtliches Organ läßt es sich dann auch vereinbaren, wenn der Nachlaßverwalter in Ausübung seines Amtes und seiner Pflichten gleichmäßig gegen alle Beteiligte vorgehen und unter Umständen sogar gegen den Erben klagen muß. Wäre dagegen der Nachlaßverwalter Vertreter des Erben, so würde das zu einem nicht gerade idealen Zustand führen, denn es läßt sich doch nicht gut denken, daß ein Vertreter innerhalb seines Wirkungskreises gegen den Vertretenen klagt. Diese Bedenken kann man auch dadurch nicht entkräften, daß man den Nachlaßverwalter, soweit er das Interesse des Erben wahrnimmt, zum Vertreter des Erben, und soweit er das Interesse der Nachlaßgläubiger wahrnimmt, zum Vertreter der Nachlaßgläubiger macht. Diese Konstruktion ist deshalb unhaltbar, weil die Gesamtheit der Gläubiger als solche kein Rechtssubjekt ist, und weil eine Vertretung der einzelnen Gläubiger mit den Fällen, in denen auch gegen sie ein Anspruch im Prozeß zu verfolgen ist, nicht vereinbart werden kann.[2])

Auch als amtlich bestelltes Organ hat jedoch der Nachlaßverwalter in seiner Stellung große Aehnlichkeit mit dem Sicherungspfleger nach § 1960, da auch auf seine Verwaltung die Vorschriften über die Pflegschaft anzuwenden sind, soweit dies nicht dem Gedanken der Nachlaßverwaltung widerspricht

[1]) Vergl. Hellwig S. 248.

[2]) Solche Fälle sind leicht möglich. Zum Beispiel, wenn der Erbe nach Anordnung der Nachlaßverwaltung außerhalb der bestehenden Verbindlichkeit dem Nachlaßgläubiger einen Nachlaßgegenstand zugewendet hat, Vergl. Zeitschrift f. Rechtspflege in Bayern 1905 S. 454.

und, soweit nicht ausdrücklich durch gesetzliche Bestimmungen eine Abweichung getroffen ist.

Ebenso wie der Pfleger und der Vormund wird der Nachlaßverwalter von amtswegen bestellt und zwar tritt hier an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht als zuständige Behörde. In der Auswahl der Person des Nachlaßverwalters ist dem Gericht völlig freie Hand gelassen und es kann an sich jede geeignete Persönlichkeit bestimmen; es ist jedoch anzunehmen, daß es sich dabei möglichst weitgehend an allenfallsige positive Vorschläge des Erblassers, aber auch des Erben und der Nachlaßgläubiger halten wird. Unter Umständen wird es das günstigste sein, wenn es einen schon vorhandenen Testamentsvollstrecker zum Nachlaßverwalter bestellt. Die Tatsache, daß dieser bis zur Anordnung der Verwaltung als Testamentsvollstrecker tätig war, entzieht ihm nicht die Fähigkeit, Nachlaßverwalter zu werden. Natürlich muß sich das Gericht innerhalb der in § 1780 ff. B.G.B. gezogenen Grenzen halten, es darf also keinen Geschäftsunfähigen, ebenso auch keinen wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten bestellen und soll auch die in § 1781 genannten Personen übergehen, also besonders solche, die unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehen, die sich im Konkurs befinden, oder die bürgerlichen Ehrenrechte verloren haben. Endlich darf man wohl den § 1782 analog auf die Nachlaßverwaltung dahin ausdehnen, daß zum Nachlaßverwalter der nichtbestellt werden soll, den der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung ausgeschlossen hat, oder von dessen Ernennung der Erbe oder die Nachlaßgläubiger in ihrem Eröffnungsantrag abgeraten haben. Unbedingt ausgeschlossen von der Stellung des Nachlaßverwalters ist der Erbe selbst, denn seine Ernennung könnte zu den größten Kollisionen führen und unter Umständen gerade das vereiteln, was die Separation als Hauptzweck will, nämlich die Sicherung des Nachlasses für die Nachlaßgläubiger. Unbedenklich wird man es dagegen zulassen können, wenn ähnlich wie ein Gegenvormund auch ein Gegenverwalter aufgestellt wird.[1]) Ein solcher wird hauptsächlich dann nötig sein, wenn ausgedehnte Vermögenskomplexe oder besonders verwickelte und unübersichtliche Geschäftsbetriebe zum Nachlaß gehören. Im Gegensatz zur Vormundschaft und Pflegschaft besteht jedoch keine Pflicht zur Uebernahme der Nachlaßverwaltung (§ 1981/III). Dies ist weiter nicht auffallend, denn einmal besteht wegen der relativen Seltenheit der Nachlaßverwaltung kein öffentliches Interesse daran, jeden Staatsbürger zur Uebernahme zu zwingen, und andererseits ist zur Nachlaßver-

[1]) Vergl. Beschluß des Kammergerichts, Deutsche Juristenzeitung 1928 Sp. 388.

waltung doch meistens ein größeres Maß von Eignung und von kaufmännischen Fähigkeiten nötig, als zur Führung einer einfachen Vormundschaft.

Ebenso wie der Vormund und der Pfleger ist auch der Nachlaßverwalter vom Nachlaßgericht durch Handschlag an Eidesstatt zu treuer und gewissenhafter Führung der Verwaltung zu verpflichten,[1]) und er erhält als Ausweis seines Amts und seiner Berechtigung eine amtliche Bestallung.

II. Die Rechte und Pflichten des Nachlaßverwalters.

1.) Aus dem Wesen und dem Zweck der Nachlaßverwaltung ergibt sich der Wirkungskreis des Nachlaßverwalters: er hat den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß zu berichtigen. (§ 1985 I). Das erste Erfordernis zur Ermöglichung einer geregelten Verwaltung ist, daß der Verwalter vom Erben den Besitz des Nachlasses übernimmt; nötigenfalls kann er sogar auf Herausgabe des Nachlasses klagen. Hat er den Besitz des Nachlasses, dann muß er alle Maßnahmen treffen, um mit der vorhandenen Masse die Nachlaßgläubiger zufriedenstellen zu können. Er wird zunächst die zum Nachlaß gehörigen Forderungen einziehen müssen, und zwar kann er dies ganz ohne Rücksicht darauf tun, ob die betreffende Schuld überhaupt noch zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Jedenfalls braucht er sich eine diesbezügliche Einrede von seiten eines Nachlaßschuldners nicht entgegenhalten zu lassen.[2]) Weiterhin wird er darangehen müssen, die einzelnen Nachlaßgegenstände, soweit nötig, zu Geld zu machen. Er ist dabei verpflichtet, sich um die beste Gelegenheit umzusehen, damit nicht etwa durch einen voreiligen und unüberlegten Verkauf die Nachlaßgläubiger und der Erbe gefährdet werden. Er darf auch nicht weitergehen, als der Zweck der Separation erfordert und darf infolgedessen nur so viel in Geld umsetzen, als unbedingt zur Deckung der Schulden erforderlich ist. Ferner muß er bei der Auswahl der zu verwertenden Nachlaßgegenstände auf etwaige Wünsche des Erben Rücksicht nehmen, soweit sich dies mit seiner Pflicht vereinbaren läßt: „Der Erbe bleibt, obgleich ihm die Verwaltung und Verfügung entzogen ist, Träger der Rechte des Nachlasses, der ihm nach Beendigung der Verwaltung vom Ver-

[1]) In der bayerischen Praxis erfolgt eine solche Verpflichtung zwar nicht (Haberstumpf Anm. zu § 83 N.O.), aber diese Uebung läßt sich aus dem B.G.B. nicht begründen.

[2]) R.G.R.Z. Bd. 72 Seite 260 ff.

walter herauszugeben ist, wie er sich nach ordnungsgemäßer Verwaltung befinden muß." [1]) Allerdings gibt dieses Recht, eine gewisse Rücksichtnahme des Verwalters auf seine Wünsche und seine Auffassung von einer zweckmäßigen Verwertung des Nachlasses zu verlangen, dem Erben nicht auch die Möglichkeit, die Herausgabe eines bestimmten Nachlaßgegenstandes, den der Verwalter ohne dringende Notwendigkeit veräußern möchte, zu verweigern, er hat nur die Möglichkeit, sich beim Nachlaßgericht zu beschweren und ein Einschreiten desselben zu veranlassen.

Im übrigen unterliegt der Verwalter bei Verfügungen über den Nachlaß den gleichen Beschränkungen, denen ein Vormund bei Verfügungen über das Mündelvermögen unterworfen ist. Er steht demnach in seiner ganzen Verwaltungstätigkeit unter behördlicher Aufsicht, die vom Nachlaßgericht ausgeübt wird. [2]) Das Nachlaßgericht kann insbesondere veranlassen, daß der Verwalter die zur Sicherung und Erhaltung des Nachlasses erforderlichen Maßnahmen trifft, und es kann ihn auch im Falle der Nichteinhaltung einer solchen Anordnung mit einer Ordnungsstrafe belegen (§ 1837). Weiterhin bedarf der Verwalter der nachlaßgerichtlichen Genehmigung zu allen in §§ 1821, 1822 bezeichneten Rechtsgeschäften, er darf also insbesondere nicht eigenmächtig über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück oder Grundstücksrecht verfügen oder ein zum Nachlaß gehöriges Erwerbsgeschäft veräußern. [3]) Unanwendbar sind dagegen die Vorschriften der §§ 1806 ff., da es der Zweck der Nachlaßverwaltung nicht erfordert und in den meisten Fällen nicht einmal erlaubt, daß das zum Nachlaß gehörige Geld in der dort bezeichneten Art angelegt wird.

Hat der Nachlaßverwalter entsprechende Mittel flüssig gemacht, dann kann er daran gehen, die Nachlaßgläubiger zu befriedigen. Voraussetzung dafür ist natürlich, daß er einen gewissen Ueberblick über sämtliche Schulden hat, und diesen Ueberblick bekommt er am besten dann, wenn er das Aufgebotsverfahren nach § 989 ff. Z.P.O. betreibt; zu der Stellung des entsprechenden Antrags ist er berechtigt. Ergibt sich in diesem Aufgebotsverfahren, daß der Nachlaß solvent ist, dann ist es dem freien Ermessen des Verwalters überlassen, in welcher Reihenfolge und auf welche Weise er die Gläubiger befriedigen will, er muß sich aber auch jede Zwangsvollstreckung gefallen lassen, die von den Erbschaftsgläubigern in den Nachlaß betrieben wird. Ergibt sich dagegen eine Ueberschuldung des Nach-

[1]) R.G.R.Z. Bd. 72 Seite 263.

[2]) Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1914 S. 130, O.L.G. Bd. 32 Seite 49.

[3]) Das Recht 1917 Nr. 422; R.Z.A. Bd. 6 Seite 119.

lasses, dann muß der Verwalter unverzüglich den Nachlaßkonkurs beantragen, denn, wenn nicht mehr sämtliche Gläubiger für ihre Forderungen voll befriedigt werden können, dann ist die Nachlaßverwaltung nicht mehr am Platze und an ihre Stelle muß ein Verfahren zur anteilsmäßigen Befriedigung aller Gläubiger, also der Nachlaßkonkurs treten. [1])

2.) Hat der Nachlaßverwalter sämtliche ihm bekannte Verbindlichkeiten beglichen, so ist seine Aufgabe erledigt und auch der Zweck der Separation erfüllt; es wäre mehr als unbillig, wenn dem Erben noch weiterhin der Besitz des Nachlasses vorenthalten würde, und der Verwalter muß infolgedessen den ihm verbliebenen Rest dem Erben wieder zurückgeben. (§ 1986/I). Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar, oder ist eine Forderung strittig, so ist eine Beendigung des Verfahrens vorerst nicht möglich und der Erbe hätte eigentlich solange auch keinen Anspruch auf Herausgabe des Nachlaßrestes. Das Gesetz bestimmt jedoch, um unbillige Härten zu vermeiden, daß in diesem Fall die Ausantwortung des Restes erfolgen kann, wenn der Erbe Sicherheit leistet. Handelt es sich dagegen um eine bedingte Forderung, so ist nicht einmal eine solche Sicherheitsleistung erforderlich, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat. (§ 1986 II).

3.) Der Nachlaßverwalter ist für seine Tätigkeit in zweifacher Hinsicht verantwortlich, da er sowohl dem Erben wie auch den Nachlaßgläubigern haftet. Ueber seine Haftung dem Erben gegenüber ist allerdings im Gesetz nichts ausdrückliches bestimmt; es findet sich nur eine Andeutung in § 1985 II, wenn es dort heißt, daß der Nachlaßverwalter für die Verwaltung des Nachlasses „auch" den Nachlaßgläubigern verantwortlich ist. Es wird also hier eine andere, primäre Haftung vorausgesetzt, und eine solche kann nur dem Erben gegenüber bestehen. Es ist aber nicht richtig, den Grund dieser Haftung aus den für die Vormundschaft geltenden Bestimmungen abzuleiten, [2]) da ja die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters grundverschieden ist von der des Vormunds. Mit der Bestellung des Nachlaßverwalters entsteht vielmehr zwischen ihm und dem Erben ein vertragsähnliches Verhältnis, auf Grund dessen er dem Erben wie ein Beauftragter haftet. [3])

Neben dem Erben haftet der Verwalter auch den Nach-

[1]) Der Konkurs ist nur vermeidbar, wenn auf dem Wege privater Vereinbarung eine Zurücksetzung der Schulden auf einen Teilbetrag bestimmt wird.

[2]) Staudinger Anm. A 4 zu § 1985.

[3]) D.J.Z. 1905 S. 625; R.G.R.K. Anm. 3 zu § 1985.

laßgläubigern für jede durch sein Verschulden verursachte Minderung des Nachlasses. Der Nachlaßverwalter steht zwar unter ständiger Aufsicht und Kontrolle des Nachlaßgerichts, aber dieser Umstand allein bedeutet in Wirklichkeit keinen ausreichenden Schutz für die Gläubiger, denn es ist praktisch unmöglich, diese Kontrolle soweit auszudehnen, daß dem Verwalter jede Möglichkeit genommen wäre, durch eine unsachgemäße Verwaltung des Nachlasses die Gläubiger zu schädigen.

Besonders hebt das Gesetz die Pflicht des Nachlaßverwalters hervor, sich darüber zu vergewissern, ob nicht etwa der Nachlaß überschuldet ist. Liegt eine Ueberschuldung vor und beantragt der Verwalter trotz Kenntnis derselben nicht sofort die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, so haftet er den Nachlaßgläubigern für den Schaden, der dadurch entsteht, daß sich jetzt noch verschiedene Gläubiger ganz befriedigen können, die im Falle des Konkurses mit der Konkursquote zufrieden sein müßten. Der Kenntnis der Ueberschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich; als Fahrlässigkeit gilt es insbesondere, wenn der Verwalter das Aufgebotsverfahren nicht durchgeführt hat, obwohl er Grund hatte, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen (§ 1980). Durfte dagegen der Nachlaßverwalter den Umständen nach annehmen, daß die Erbschaft zur Befriedigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreichen werde, dann müssen die Nachlaßgläubiger die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit durch den Verwalter als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen (anal. § 1979), und es kann sich hieraus eine Ersatzpflicht des Verwalters auch dann nicht ergeben, wenn der Nachlaß tatsächlich überschuldet ist und wenn infolgedessen durch die Erfüllung einzelner Nachlaßschulden die übrigen Gläubiger Schaden leiden.

Die den Nachlaßgläubigern gegenüber dem Nachlaßverwalter zustehenden Ansprüche gelten als zum Nachlaß gehörig (§§ 1985/II, 1978/II). Ihre Geltendmachung steht grundsätzlich nicht den Nachlaßgläubigern selbst zu, sondern dem Nachlaßkonkursverwalter, wenn auf die Nachlaßverwaltung ein Nachlaßkonkurs folgte, oder dem zweiten Nachlaßverwalter, der an die Stelle des ersten schadenersatzpflichtigen Verwalters trat. Nur wenn auf die Verwaltungstätigkeit des ersten Nachlaßverwalters kein Nachlaßkonkurs folgt und wenn auch kein zweiter Verwalter eingesetzt wird, dann können die Schadensersatzansprüche auch von den einzelnen Gläubigern selbst geltend gemacht werden, weil dies dann die einzige Möglichkeit zur Verfolgung ihrer Ansprüche ist.

[1]) Vergl. Bay. Nachl.Ordnung § 85, Bay. Oberst.L.G. Bd. 9 Seite 88, O.L.G. Bd. 36 Seite 228.

4.) Umgekehrt hat der Nachlaßverwalter einen Anspruch darauf, daß er für seine Mühewaltung eine angemessene Vergütung erhält. (§ 1987). Die Höhe dieser Vergütung wird vom Nachlaßgericht bestimmt, das unter Abwägung aller Umstände nach freiem Ermessen entscheidet. Gegen den die Vergütung festsetzenden Beschluß steht dem Verwalter der Beschwerdeweg offen. Schuldner der Vergütung ist der Erbe, der den Anspruch des Nachlaßverwalters aus dem Nachlaß zu befriedigen hat. Stellt sich während der Verwaltung eine Ueberschuldung des Nachlasses heraus, so ist der Anspruch des Verwalters dadurch gesichert, daß er als Masseschuld gilt. (§ 224 K.O.).

§ 15.

Die Beendigung der Nachlaßverwaltung.

Im römischen Recht endigte die zugunsten der Nachlaßgläubiger angeordnete Separation dann, wenn der Zweck des Verfahrens erreicht und die Nachlaßgläubiger befriedigt waren. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch tritt dagegen die Beendigung der Nachlaßverwaltung nie von selbst ein, sondern es ist immer ein gerichtlicher Akt vorausgesetzt, und zwar entweder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder die förmliche Aufhebung der Verwaltung durch das Nachlaßgericht.

1.) Mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses wird die gesamte Nachlaßverwaltung aufgehoben (§ 1988 I), da der Nachlaßkonkurs als umfassenderes Verfahren sämtliche Garantien der Nachlaßverwaltung in sich birgt, und besonders die gleiche separierende Wirkung hat.[1]) Das Nachlaßgericht braucht seinerseits nicht mehr eine besondere Aufhebungsverfügung zu erlassen, da die Aufhebung schon kraft Gesetzes eintritt. Diese Beendigung der Nachlaßverwaltung ist eine endgültige; auch wenn der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder aus einem sonstigen gesetzlichen Grunde aufgehoben ist, dann lebt nicht etwa die Nachlaßverwaltung wieder auf, denn mit der Erledigung des Nachlaßkonkurses sind auch sämtliche Aufgaben der Nachlaßverwaltung gleichzeitig erfüllt.[2])

Mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses verliert der

[1]) Im Gegensatz hierzu endigt die Nachlaßpflegschaft nicht mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses; hier bleibt der Pfleger Vertreter des Erben als des Gemeinschuldners.

[2]) Vergl. O.L.G. Bd. 34 Seite 275.

Nachlaßverwalter seine Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen. Es ist zwar möglich, daß der Nachlaßverwalter auch als Verwalter im Nachlaßkonkurs bestellt wird, aber diese Bestellung muß ausdrücklich erfolgen.[1]) Nimmt der Verwalter nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses noch Rechtshandlungen vor, die den Nachlaß betreffen, so sind dieselben unwirksam, da ja der Verwalter nicht mehr vertretungsberechtigt ist.

2.) Die Nachlaßverwaltung endigt ferner dann, wenn sie ausdrücklich aufgehoben wird. Das Nachlaßgericht kann diese Aufhebung aus zwei Gründen aussprechen, einmal, wenn sich ergibt, daß eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist, und dann, wenn der Zweck der Nachlaßverwaltung erfüllt ist und alle bekannten Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind.

In vielen Fällen wird es sich bei der Stellung des Separationsantrages noch gar nicht übersehen lassen, ob die zu erwartenden Kosten durch die Masse gedeckt sind, und wie das Nachlaßgericht bei mangelnder Kostendeckung schon von Anfang die Erteilung des Benefiziums verweigern darf, (§ 1982), so muß ihm auch die Möglichkeit gegeben werden, auch nach Anordnung der Nachlaßverwaltung das Verfahren wieder aufzuheben, wenn sich ergibt, daß die Verfahrenskosten den Aktivwert des Nachlasses übersteigen werden (§ 1988/II). Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß es sich hier nur um eine K a n n vorschrift handelt, daß es also dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt ist, ob es unter den gegebenen Voraussetzungen im Sinne des § 1988/II einschreiten will. Ausschlaggebend wird dabei wohl die Frage sein, wie weit die Nachlaßverwaltung schon gediehen ist; wenn sie schon ihrem Ende zugeht, wenn also die Kosten schon sämtliche oder doch zum größten Teil entstanden sind, dann wird es zweckmäßig sein, wenn das Gericht das Verfahren noch völlig zu Ende führen läßt. Die Aufhebung des Verfahrens mangels Masse kann dadurch abgewendet werden, daß ein Antragsteller oder ein sonstiger Beteiligter, der ein Interesse an der Durchführung hat, einen entsprechenden Auslagenvorschuß einbezahlt und dadurch eine ausreichende Masse schafft.

Der wichtigste und häufigste Beendigungsgrund der Nachlaßverwaltung ist der, daß der Zweck der Separation erreicht ist und sämtliche bekannten Gläubiger durch den Nachlaßverwalter befriedigt sind. Daß hier das Nachlaßgericht die Aufhebung anzuordnen hat, ergibt sich aus dem Zweck des Verfahrens und auch aus dem Wortlaut des § 1975. Unrichtig

[1]) Sie ist natürlich unmöglich, wenn gegen den Verwalter Ansprüche aus seiner Amtsführung bestehen.

ist es, wenn Dernburg [1]) annimmt, daß die Nachlaßverwaltung von rechtswegen endigt, wenn keine Nachlaßverbindlichkeiten mehr vorhanden sind, daß also eine die Nachlaßverwaltung aufhebende Verfügung des Gerichtes gar nicht erforderlich ist. Diese Auffassung widerspricht nicht nur der herrschenden Lehre, [2]) sie würde auch zu einem bedenklichen Ergebnis führen, da durch die ipso iure Aufhebung ein äußerst unsicherer Rechtszustand geschaffen würde.

Der Zweck der Nachlaßverwaltung könnte gegebenenfalls auch dann als erreicht angesehen werden, wenn der antragstellende Nachlaßgläubiger nach der Anordnung des Verfahrens seinen Antrag wieder zurücknimmt und damit zu erkennen gibt, daß er kein Interesse an der Fortdauer der Separation hat. Die Rechtsprechung hat sich jedoch hier auf den Standpunkt gestellt, daß trotz einer solchen Antragszurücknahme keine die Aufhebung des Verfahrens aussprechende Verfügung des Gerichts ergehen darf, weil die Nachlaßverwaltung so einschneidende Wirkungen auf die Rechtsbeziehungen aller Beteiligten ausübt, daß ein wiederholter Wechsel dieser Wirkungen „zu einer erheblichen Beunruhigung und Belästigung aller am Nachlaß beteiligten Personen führen würde, die nicht ohne zwingenden Grund zugelassen werden kann." [3]) Eine Ausnahme darf hier nur dann gestattet werden, wenn der Antrag unter Zustimmung aller Beteiligten, also des Erben und sämtlicher Nachlaßgläubiger zurückgenommen wird. [4])

3.) Die Aufhebung der Nachlaßverwaltung erfolgt durch eine Verfügung des Nachlaßgerichts, gegen welche die Beschwerde nach §§ 19 ff. F.G.G. zulässig ist. Eine öffentliche Bekanntmachung der Aufhebung ist reichsrechtlich nicht vorgeschrieben; mit Rücksicht auf die grundlegende Aenderung des Rechtszustandes, die mit der Aufhebung verbunden ist, ist jedoch eine solche Bekanntmachung am Platze und in § 87 der bay. Nachlaßordnung auch vorgeschrieben, wenn der Erbe sie beantragt.

Um die Wirkungen der Separation wieder vollständig aus der Welt zu schaffen, ist es nötig, daß auch das Grundbuch wieder in seinen früheren Zustand gebracht und der Separationsvermerk wieder gelöscht wird. Das Nachlaßgericht hat von amtswegen das Grundbuchamt um diese Löschung zu ersuchen (§ 86 bay. Nachlaßordnung).

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. V § 130.

[2]) Vergl. R.G.Z. Bd. 72 Seite 363.

[3]) R.J.A. Bd. 12 S. 110; vergl. auch O.L.G. Bd. 7 S. 135, Bd. 17 Seite 336.

[4]) Vergl. Cosack Bd. II, 5. Buch Seite 392.

4.) War schon vor Aufhebung der Nachlaßverwaltung der nach Befriedigung der bekannten Gläubiger noch verbleibende Nachlaßrest dem Erben wieder ausgehändigt worden, so ist durch diese Tatsache allein, wie schon erwähnt, die Nachlaßverwaltung noch nicht beendigt. Meldet sich jetzt noch ein weiterer Gläubiger, ohne daß inzwischen ein gerichtlicher Aufhebungsbeschluß ergangen wäre, so muß die Nachlaßverwaltung wieder weitergeführt werden, und der Erbe hat dem Nachlaßverwalter den Rest des Nachlasses neuerdings herauszugeben.

§ 16.

Das Verhältnis der nicht voll befriedigten Nachlaßgläubiger zum Erbenvermögen.

Im Gegensatz zu den römischen Quellen, welche die Frage des Rückgriffsrechts der Nachlaßgläubiger auf das Erbenvermögen ausführlich behandeln, — allerdings ohne zu einem eindeutigen und unbestrittenen Ergebnis zu gelangen —, enthält das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt keine ausdrückliche Vorschrift über diesen Fall. Es läßt sich jedoch ein ziemlich klares Ergebnis dann finden, wenn man die Gesamtheit der die Haftung des Erben betreffenden Regeln in Anwendung bringt.

Ergab sich im römischen Recht nach erfolgter Separation, daß der Nachlaß zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreichen werde, so wurde dadurch das Verfahren als solches nicht berührt, und nur die zu spät zugreifenden Gläubiger hatten dann das Nachsehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft für diesen Fall eine besondere Regelung, die zu einem ganz anderen Ergebnis führt. Wenn der Nachlaßverwalter von der Ueberschuldung des Nachlasses Kenntnis bekommt und damit weiß, daß er nicht alle Gläubiger voll befriedigen kann, so hat er die Pflicht, unverzüglich den Nachlaßkonkurs zu beantragen, und zwar gleichgültig, in welchem Stadium sich die Nachlaßverwaltung befindet. Nach dem heutigen Recht endigt also die Separation bei überschuldetem Nachlaß nicht schlechthin damit, daß nach dem Verbrauch der vorhandenen Masse das Verfahren eingestellt wird, und daß sich die nicht befriedigten Gläubiger einfach mit dieser Tatsache abfinden müssen, bei nicht solventem Nachlaß geht vielmehr die Nachlaßverwaltung in den Nachlaßkonkurs über. [1])

[1]) Dieser Uebergang ist wohl als ausnahmslos anzusehen, da der Nachlaßverwalter gezwungen ist, die Konkurseröffnung herbeizuführen, wenn er sich nicht schadenersatzpflichtig machen will.

Damit ist schon ein wesentlicher Fortschritt dem Römischen Recht gegenüber geschaffen, wenn auch der ganze Fall noch nicht entschieden ist, denn gerade aus dem Nachlaßkonkurs gehen ja die Gläubiger zum Teil unbefriedigt hervor. Hier beginnt nun für das Bürgerliche Gesetzbuch die Frage: können sich die Gläubiger, die im Nachlaßkonkurs nicht voll befriedigt wurden, wegen ihres Ausfalles an das Erbenvermögen halten? Das Gesetz bestimmt hierüber: „Ist der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt, so finden auf die Haftung des Erben die Vorschriften des § 1973 entsprechende Anwendung" (§ 1989); die Nachlaßgläubiger können also nach Verteilung der Masse oder nach Abschluß eines Zwangsvergleichs den Erben nur noch insoweit in Anspruch nehmen, als dieser durch den möglicherweise vorhandenen Nachlaßrest noch bereichert ist. [1])

Möglich ist es, daß der Nachlaßkonkurs oder die Nachlaßverwaltung mangels einer den Kosten entsprechenden Masse gar nicht tunlich war, oder daß aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung wider aufgehoben oder der Nachlaßkonkurs eingestellt wurde. In diesem Falle kann der Erbe die Befriedigung der Nachlaßgläubiger insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht; er ist aber verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben (§ 1990).

Das wesentliche Ergebnis dieser Vorschriften ist also, daß die Nachlaßgläubiger das private Vermögen des Erben nicht in Anspruch nehmen können, wenn infolge der Ueberschuldung der Erbschaft die Nachlaßverwaltung in den Nachlaßkonkurs überging, und wenn dadurch die Gläubiger nicht voll befriedigt wurden. Voraussetzung dafür ist aber, daß der Erbe nicht schon vorher die Beschränkungseinrede verloren hat, denn in diesem Fall haftet sein ganzes Privatvermögen für die Schulden des Erblassers, und es können sich infolgedessen auch nach Aufhebung des die Nachlaßverwaltung fortsetzenden Nachlaßkonkurses die in demselben nicht voll befriedigten Gläubiger wegen des Restes ihrer Forderungen an den Erben halten.

---

[1]) Zum Beispiel, wenn ein nicht verwertbarer Nachlaßgegenstand dem Erben wieder herausgegeben worden ist.

§ 17.

Der Zusammenhang zwischen den römischen und deutschen Rechtsgedanken in der Separation.

Aus dem bisher Dargelegten ergibt sich, daß das Separationsrecht des § 1981/II B.G.B. im Wesentlichen mit dem beneficium separationis der Römer übereinstimmt und eine Fortbildung dieses Instituts bedeutet. Beide Einrichtungen beruhen zunächst auf dem gleichen Gedanken, sie wollen die Gläubiger des Erblassers davor bewahren, daß sie durch die neue Rechtslage, die der Erbfall geschaffen hat, zu sehr in Mitleidenschaft gezogen werden. Der Weg, der zur Erreichung dieses Zweckes eingeschlagen wird, ist nach dem Bürgerlichen Recht im wesentlichen noch der gleiche, wie er im römischen Recht war: der Erbe verliert sowohl den Besitz des Nachlasses, wie auch die Befugnis, ihn zu verwalten und über ihn zu verfügen; an seine Stelle tritt ein amtlich bestelltes Organ, das die Aufgabe hat, die Nachlaßgläubiger aus der Erbschaft zu befriedigen. Die auffallendste Aehnlichkeit zwischen dem römischen und dem heutigen deutschen Recht besteht jedoch darin, daß hier wie dort nur die Gläubiger des Erblassers des Benefiziums zuteil werden, nicht auch die Gläubiger des Erben. Auf den ersten Blick möchte man es für richtiger halten, wenn das Separationsrecht auch auf die Erbengläubiger ausgedehnt wäre, denn diesen kann der Erbschaftsantritt zum mindesten ebenso schaden, wie den Nachlaßgläubigern. In Wirklichkeit ist es aber so, daß die Gläubiger des Erben zwar rein praktisch das größte Interesse an der Absonderung des Erbenvermögens vom Nachlaß haben können, daß es aber an einem rechtlichen Grunde für diese Absonderung mangelt. Während den Nachlaßgläubigern mit dem Erbfall plötzlich ein neuer Schuldner an der Stelle des Erblassers gegenübertritt, behalten die Erbengläubiger den, dem sie kreditiert haben, und wie jeder Schuldner dadurch die Lage seiner Gläubiger verschlechtern kann, daß er weitere Schulden macht, ohne daß seine Gläubiger irgendwie dagegen einschreiten könnten, so müssen es sich eben auch die Erbengläubiger gefallen lassen, daß der Erbe neue Schulden auf sich nimmt, indem er eine unsolvente Erbschaft antritt. Wie das ganze Wesen des Kredites auf einem reinen Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien aufgebaut ist, so müssen es sich eben auch die Erbengläubiger selbst zuschreiben, wenn sie sich einen solchen Schuldner genommen haben, der ohne Rücksicht auf seine Gläubiger seine Vermögenslage verschlechtert (sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt).

Wenn auch in den grundlegenden Fragen der Separation kein wesentlicher Unterschied zwischen dem römischen und dem deutschen Recht besteht, so darf doch nicht übersehen werden, daß die äußere Gestaltung des Benefiziums heute in vielen Punkten ein anderes Bild zeigt, als zu Zeiten des Ulpian, Papinian und Paulus. So sind die ganzen Verfahrensregeln in ein moderneres Gewand gekleidet, die Voraussetzungen der Separation sind genauer festgelegt und dazu wesentlich erschwert, und besonders die Vorschriften über die Wirkungen der Absonderung enthalten zum Teil Erwägungen, die dem römischen Recht völlig fremd waren. Trotz dieser Umstände ist jedoch der Inhalt und das Wesen des Verfahrens gewahrt worden; die Aenderungen, die sich ergeben haben, sind nur äußere Erscheinungen, die durch den Wandel der Zeiten, durch die Aenderung in den wirtschaftlichen Verhältnissen und nicht zuletzt durch eine gewisse Verfeinerung und Weiterbildung des Rechtsempfindens und des ganzen Rechtssystems unserer Zeit bedingt sind.